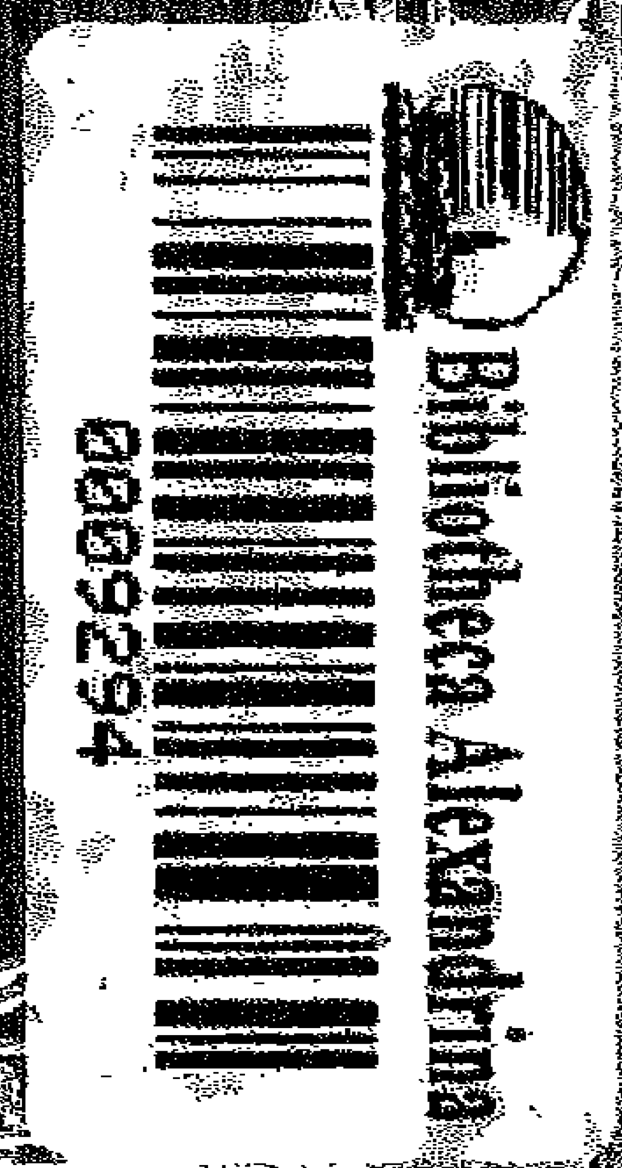
محاضرات في الوقف

الإمام محمد أبو زهرة



دار الفكر العربي

الإمام محمد أبو زهرة

محاضرات في الوقف

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي
١١ شارع جواد حسني - القاهرة
ص.ب ١٣٠ ت ٧٦٠٥٢٣ - ٧٥٠١٦٧

مقدمة الطبعة الثانية

نحمدك اللهم على ماأنعمت ، ونشكر لك ماهديت ، ونستغفرك ونتوب إليك ، ونسألك التوفيق فيما نعمل ، والإخلاص فى القول والعمل ، ونصلى ونسلم على رسول الهدى محمد صلى الله تعالى عليه وسلم ، وعلى أصحابه الأبرار ، وآله الأطهار .

وبعد : فقد قال النبى صلى الله عليه وسلم ، وهو الصادق الأمين : « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم نافع ، أو ولد صالح يدعو له » .

١ ـــ وإن الوقف الذى يكون فيه حبس العين على حكم الله تعالى ، والتصدق بالثمرة على جهة من جهات البر ، هو من أنواع الصدقات الجارية بعد وفاة المتصدق ، يعم خيرها ، ويكثر برها ، وتتضافر بها الجماعات فى مد ذوى الحاجات ، وإقامة المعالم ، وإنشاء دور الخير ، من مستشفى جامع يطب لأدواء الناس ، ونُزُل يؤوى أبناء السبيل ، وملاجىء تؤوى اليتامى ، وتقى الأحداث شر الضياع ، فيكونون قوة عاملة ، ولايكونون قوة هادمة .

ولذا تكاثرت أبواب البر بأوقاف الصحابة ، ثم التابعين ، ثم من جاءوا من بعدهم ، واتبعوا هديهم بإحسان .

٢ ـــ وإن البلاد الإسلامية فى شتى أجزائها كان الوقف فيها مصدر بر ، يهدى به الفقراء ، وتقام به دور الخير ، وخصوصا المساجد ، فما كانت بيوت الله لتعمر بغير الوقف ، وما كانت تنشأ إلا بفكرته ، ولاتقام فيها الشعائر إلا بصدقته .

وبعض الذين وقفوا اتخذوا الوقف ذريعة لمحاربة الميراث ، وحرموا البنات ، أو جعلوه قسمة ضيزى بين الذكور والإناث ، يطففون للبنات ويزيدون للبنين عن طريقه ، أو طريقهم الآثم .

ولقد كثرت هذه المآثم ، حتى شوهت الأوقاف ، وأخفت في كثير من الأحيان خيراتها . ولكن من الحق أن نقول أنه كان بجوار ذلك الإثم بعض الخير ، فمن الناس من كانوا يخشون على أنفسهم الضياع على يد حاكم ظالم ، أو متسلط طاغ ، فيحصنون أموالهم بالوقف على أنفسهم ، ومن بعدهم على مسجد ، أو مبرة كما كان يفعل حكام المماليك الذين كانوا فى حكمهم عرضة لانقلاب يقوم به غيرهم ، فيصادر أموالهم وينتزعها غصبا وقسراً من غير إرادة مختارة .

وبسبب الرغبة فى نفوس المالكين كثر الوقف فى آخر القرن الميلادى الماضى ، والربع الأول من هذا القرن ، وصحب ذلك ضعف استغلال الأراضى الموقوفة ، وصارت غلاتها نهبا للمتولين أمرها ، والذين يحطون حولهم ، وخربت العمائر الموقوفة ، وكثرت المآثم ، ونهبت الأراضى ، وضاع الكثير من خير الأوقاف على مستحقيه .

٣ ــ لذلك اتجه بعض المصلحين إلى إصلاح قانون الوقف ، واتجهت بعض الدول إلى إلغاء الوقف الأهلى أو الذرى كما يسمى فى غير مصر ، وهو مايكون ابتداء على الواقف أو على من يحب ، ثم يكون انتهاء على جهة بر لاينقطع .

ولقد منع الوقف الذرى ، وانقطع معه الوقف الخيرى ، حتى فكرت حكومة مصر فى أن تفتح الباب للوقف الخيرى بإجازة بعض الوقف الأهلى ، وهو الوقف على نفسه ، ومن بعده على جهة بر ،

ولكن ذلك لم يشجع الناس على الوقف ، خوفا على ذريتهم من أن تكف أيديهم عن أوقاف آبائهم وأمهاتهم ، وأن تتخذ لغير ماقصد الواقف ، وما لاقربة فيه .

٤ — ولقد قمت فى معهد الدراسات العربية بدراسة لفكرة الوقف ، ودراسة مقارنة فى المذاهب الفقهية ، ثم مآل إليه . والنتائج التى ترتبت على الإلغاء ، ولكن نفدت الطبعة التى كانت مصاحبة للدراسة ، لأنها كانت للطلبة ابتداء ، وتناقلها الناس . وتدراسته المعاهد فى البلاد العربية .

ولذلك نعيد طبعه استجابة لمن طلبوه ، ورغبة فى النفع ، والله تعالى هو الموفق وهو المعين ، وهو الهادى إلى سواء السبيل .

٧ من صفر سنة ١٣٩١ هـ

٣ أبريل سنة ١٩٧١ م

محمد أبو زهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد فى تاريخ الوقف

ماقبل الإسلام :

١ ـــ الوقف هو منع التصرف فى رقبة العين التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء وانتهاء ، وهذا التعريف هو أصدق تعريف مصور جامع لصور الوقف عند الفقهاء الذين قرروه .

ومعنى الوقف كان ثابتا عند الأقدمين قبل الإسلام ، وإن لم يسم بهذا الاسم ، لأن المعابد كانت قائمة ثابتة ، وما رصد عليها من عقار لينفق من غلاته على القائمين على هذه المعابد كان قائما ثابتا ، ولايمكن تصور هذا إلا على أنه فى معنى الوقف ، أو هو على التحقيق وقف ، ولذلك لما أنكر أبو حنيفة الحقيقة الشرعية للوقف ، لم يستطع أن ينفى وقف المسجد ولزومه ، لأن المساجد كانت قائمة قبل الإسلام . فالبيت الحرام والمسجد الأقصى كانا قائمين ، وكذلك المعابد من كنائس وبيع وأديرة كانت قائمة ، ولايتصور أن تكون مملوكة لأحد من العباد ومنافعها لجميع الذين يتعبدون فيها . ولذلك لامناص لنا من أن نقرر أن الوقف كان موجودا بمعناه قبل الإسلام . كما أن البيع والإجارة والنكاح وغيرها من العقود كانت موجودة قبل الإسلام ، وأقرها الإسلام ، ووضع لها نظما تمنع الغش والغبن ، وتجعلها فى دائرة الحق والعدل .

٢ ـــ ولكن الوقف فى الإسلام ليس مقصورا على المعابد والمناسك وما أرصد لها من أموال ينفق من غلاتها عليها ، بل إنه

يتجاوز المعابد إلى جميع أنواع الصدقات ، فهو يشمل الوقف على الفقراء والمحتاجين ، كما يشمل الوقف على الإعتاق ، والوقف على القرض الحسن ، ويكون من الغلات ، بل إنه يتجاوز الوقف على القربات التي يكون الوقف عليها من قبيل العبادة أو التقرب إلى الله بها — إلى الوقف على من يحب من الأهل والأقارب ، والأولاد والذرية على كلام فى هذا ، فهل يوجد ذلك النوع من التصرفات قبل أن يوجد فى الفقه الإسلامى ؟ .

يقرر بعض الكتاب فى تاريخ القانون أن القانون المصرى القديم عرف معنى الوقف على الأسرة ، فقد وجد فيه صورة عقد هبة صدر من شخص لابنه الأكبر ، وأمره بصرف الغلات لإخوته على أن تكون الأعيان غير قابلة للتصرف فيها ، وقد جاء فى مرسوم دهشور أن الأراضى التى منع التصرف فيها تكون غلتها لمن له استحقاقها [1] .

وقد يقول قائل إن هذا يخالف حقيقة الوقف الإسلامى فى المعنى من ناحيتين :

أولاهما : أن هذا عقد هبة ، وليس وقفا إذ هو تمليك مقيد ، والوقف فى حقيقة معناه ليس تمليكا لأحد من العباد ، والفرق بين الهبة والوقف من هذه الناحية واضح .

والثانية : أن العين الموقوفة تكون على حكم ملك الله ، بينما العين الموهوبة تكون مملوكة للموهوب له ، وإن قيد التصرف فى المنافع .

---

(١) راجع فى هذا كتاب (تاريخ القانون) لزميلنا الأستاذ الدكتور شفيق شحاته ص ٣٢ ، ٣٥ ، ٤٧ .

٣ ـــ ونقول فى الإجابة عن ذلك ، أن العقد فى القديم ، وإن ذكر أنه هبة ـــ هو فى معناه وبمقتضى القيود التى قيد بها التصرف فى الرقبة هو وقف ، ومن المقررات فى الفقه الإسلامى أن العبرة بالمقاصد والمعانى ، لا الألفاظ والمبانى ، فمن باع عينا بلفظ الهبة وذكر الثمن على أن يكون حالاً فإن العقد يكون بيعا ، ولايكون هبة ، وكذلك هنا : اللفظ هبة ، والحقيقة وقف .

وأما الناحية الثانية : وهى كون العين مملوكة للمتولى شئون الوقف فإن ذلك لايمنع ثبوت حقيقته ، لأن الفقهاء لم يتفقوا على ملكية العين الموقوفة ، فأبو يوسف ومحمد وغيرهما من فقهاء المذهب الحنفى قرروا أن تكون العين على حكم ملك الله تعالى ، والمالكية قرروا أن الملكية تكون ثابتة للواقف ، واختار ذلك الرأى ابن الهمام من فقهاء الحنفية فى فتح القدير ، والحنابلة قالوا أن الملكية تكون للموقوف عليهم المعينين ، ولاشك أن ماجاء فى القانون المصرى القديم أقرب إلى المذهب الحنبلى ، ذلك أنه جعل الملكية للمتولى شئون الوقف ، وأنه مع هذا الاختلاف بين فقهاء المسلمين لانستطيع أن نقرر أن ذلك النوع من العقود القديمة مغاير لتصرف الوقف بمقتضى النظام الذى قرره الفقهاء . على أن لنا كلاما فى الوقف على الذرية سنبينه فى موضعه إن شاء الله تعالى .

تاريخ الوقف فى الإسلام :

٤ ـــ يعتمد وجود الوقف فى الفقه الإسلامى على ثلاثة أصول :

أولها ـــ قول النبى صلى الله عليه وسلم : « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » فإن الصدقة الجارية المذكورة فى الحديث تتحقق

في الوقف على أصل معناه المقرر الثابت ، وهو كونه نوعا من الصدقات .

ثانيها : ماروى من أن عمر بن الخطاب : « أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله إنى أصبت أرضا بخيبر لم أحب مالا قط أنفس عندى عنه ، فما تأمرنى به ؟ قال : إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها . فتصدق بها عمر . إنها لاتباع ولاتوهب ولاتورث ، وتصدق بها فى الفقراء وفى الرقاب ، وفى سبيل الله ، وابن السبيل والضيف لاجناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ، ويطعم غير متمول » .

الأصل الثالث : مايثبت من أن الصحابة جميعا قد وقفوا .

وفى الرواية عن الصحابة كلام لأن الراوى هو الواقدى ، وفى روايته كلام .

الانحراف بالوقف عن معنى الصدقة :

٥ ـــ كان وقف عمر رضى الله عنه صدقة خالصة كلها فى مصارف الزكاة ، وبر ذوى الرحم ، وقد قرأ كتابه على جمع من المهاجرين والأنصار ، ليكون ذلك شهراً له وإعلانا ، وكان هذا بعد وفاة النبى صلى الله عليه وسلم ، فلما وقف ليقرأ همَّ المسور بن مخرمة أن يقول : « إنك تحتسب الخير وتنويه ، وإنى أخشى أن يأتى رجال لايحتسبون مثل حسبتك ، ولاينوون مثل نيتك . ويحتجون بك فتنقطع المواريث » ولكنه جمجم بذلك القول ، واستحيا أن ينطق به حتى لايفتات بقوله على المهاجرين والأنصار ، وهم بشرع الله أعلم ، وبمصالح المسلمين أكثر إدراكا .

ولكن ذلك المعنى الذى جاش بقلب المسور كان حقيقة واقعة من بعد ذلك ، فإنه لم يمض عصر الصحابة أو لم يقارب آخره

حتى أخذ بعض الواقفين ينحرفون بالوقف عن مقصد القربى فيه إلى استخدامه ليتحكموا فى بعض التركة أو فى كلها بعد موتهم ، وظهر ذلك فى آخر عصر الصحابة ، وشاع بين الكثيرين اتخاذ الوقف طريقا لحرمان بعض البنات من نصيبهن ، حتى لقد صاحت أم المؤمنين عائشة باستنكار ذلك ، فكانت تقول « ماوجدت للناس مثلا اليوم فى صدقاتهم إلا كما قال الله عز وجل : « **وقالوا مافى بطون هذه الأنعام خالصة لذكورنا ومحرم على أزواجنا ، وإن يكن ميتة فهم فيه شركاء** »[1] والله إنه ليتصدق الرجل بالصدقة العظيمة على ابنته ، فترى غضارة صدقته عليها ، وترى ابنته الأخرى وإنه لتعرف عليها الخصاصة لما أبوها أخرجها من صدقته[2] .

ولقد هم عمر بن عبد العزيز أن يرد صدقات الناس التى أخرجوا منها النساء ولكن سبق إليه الموت ، فماتت معه فكرته .

ولقد كثرت الأوقاف فى العصر الأموى كثرة عظيمة بمصر والشام ، وغيرها من البلاد المفتوحة بسبب ماأغدقه الفتح على المجاهدين ، فتوافرت لديهم الأموال ، وتوافرت لديهم الدور ، والحوانيت ، كما امتلك الكثيرون المزارع والحدائق فى منابت الصحراء العربية .

الأوقاف فى مصر والشام :

٦ ـ كثرت الأوقاف فى مصر والشام كثرة واضحة ، حتى صارت للأحباس إدارة خاصة بمصر تشرف عليها ، وترعاها ، وأول من فعل ذلك توبة بن نمير قاضى مصر فى زمن هشام بن عبد الملك ، فقد كانت الأحباس فى أيدى أهلها ، وفى أيدى الأوصياء . فلما ولى توبة قال : « مأرى مرجع

(١) سورة النساء ، الآية ١٣٩ .

(٢) المدونة الكبرى جـ ٤ ص ٢٤٥ طبع الساسى .

هذه الصدقات إلا إلى الفقراء والمساكين ، فأرى أن أضع يدى عليها حفظا لها من الضياع والتوارث » ولم يمت توبة حتى صار للأوقاف ديوان مستقل عن بقية الدواوين للقاضى عليه الإشراف [١] .

وكان لأهل مصر والشام رغبة شديدة فى الأحباس ، ولعل ذلك قد قر فى نفوس المصريين من قبل الإسلام ، ولقد حدث أن ولى قضاء مصر إسماعيل بن اليسع الكندى من قبل المهدى ، وكان يرى رأى أبى حنيفة فى عدم لزوم الأوقاف ، وإبطالها بعد وفاة الواقف ، وقد نفذ رأى شيخه أبى حنيفة ، فتململ به المصريون وأبغضوه ، وذهب إليه الليث بن سعد فقيه مصر ، وقال له : « جئت مخاصما لك ! ! فقال له : فى ماذا ؟ قال : فى إبطالك أحباس المسلمين ، قد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلى ، والزبير فمن بعد » ثم كتب للمهدى كتابا جاء فيه : « إنك وليتنا رجلا يكيد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا ، مع أنا ماعلمناه فى الدينار والدرهم إلا خيراً » [٢] .

٧ — وهل يصح لنا أن نقول أن تغلغل الوقف على الذرية فى نفوس المصريين امتداد لتاريخهم القديم ؟ قد يكون ذلك ، ولكنه مهما يكن فى صيغته وأوضاعه يمت إلى الفقه الاسلامى بسبب ، ولذلك وجدنا فى كتاب الأم للشافعى صورة حجة وقف صدر فى حياته ، وهذا نصها كما رواها الربيع بن سليمان :

« هذا كتاب فلان بن فلان الفلانى فى صحة بدنه ، وعقله ، وجواز أمره ، وذلك فى شهر كذا من سنة كذا ، أنى تصدقت بدارى التى بالفسطاط من مصر فى موضع كذا ، أحد حدود جماعة هذه الدار ينتهى إلى كذا ، والثانى ، والثالث والرابع (أى بقية الحدود) تصدقت بجميع هذه الدار ، وعمارتها من الخشب والبناء ، والأبواب ، وغير ذلك من عمارتها ، وطرقها ، ومسايل مائها ، وأرفافها ومرتفقها ، وكل قليل وكثير هو فيها

(١) تاريخ القضاء للكندى .

(٢) راجع تاريخ القضاء ص ٣٧١ ، ٣٧٢ ، ٣٧٣ طبع لويس شيخو .

ومنها ، وكل حق هو داخل فيها وخارج منها ، وحبستها صدقة مسبلة لوجه الله وطلب ثوابه لاثنوية فيها ولارجعة — حبسا محرمة لاتباع ، ولاتورث ولاتوهب ، حتى يرث الله الأرض ومن عليها ، وهو خير الوارثين ، وأخرجتها من ملكي ، ودفعتها ، وسميت في كتابي هذا وشرطي فيه أني تصدقت بها علي ولدي لصلبي ، ذكرهم وأنثاهم ، من كان منهم حيا اليوم ، أو حدث بعد اليوم ، وجعلتهم فيه سواء ، ذكرهم وأنثاهم صغيرهم وكبيرهم شرعا في سكناها وغلتها ، لايقدم واحد منهم على صاحبه ، مالم تتزوج بناتي ، فإذا تزوجت واحدة منهن وباتت إلى زوجها انقطع حقها مادامت عند زوج ، وصار بين الباقين من أهل صدقتي ، مابقي من صدقتي يكونون فيها شرعا ماكانت ذات زوج ، فاذا رجعت بموت زوج أو طلاق كانت على حقها من داري كما كانت عليه قبل أن تتزوج ، وكلما تزوجت واحدة من بناتي فهي على مثل هذا الشرط ، تخرج من صدقتي ناكحة ، ويعود حقها فيها مطلقة ، أو ميتا عنها ، ولاتخرج واحدة من صدقتي إلا بزوج . وكل من مات من ولدي لصلبي ذكرهم وأنثاهم رجع حقه على الباقين معه من ولدي الذكور لصلبي ، وليس لولد البنات من غير ولدي شيء ، ثم لولد ولدي الذكور من الإناث والذكور في صدقتي هذه ، على مثل ماكان عليه ولدي لصلبي الذكر والأنثى فيه سواء ، وتخرج المرأة منهم من صدقتي بالزوج ، وترد إليه بموت الزوج أو طلاقه ، وكل من حدث من ولدي الذكور من الإناث والذكور فهو داخل في صدقتي مع ولد ولدي ، وكل من مات منهم رجع حقه على الباقين ، حتى لايبقى من ولد ولدي أحد ، فاذا لم يبق من ولد ولدي الصلبي أحد كانت هذه الصدقة بمثل هذا الشرط على ولد ولد ولدي الذكور الذين إلىّ عمود نسبهم لايخرج منهم إلا امرأة بالزوج ، وترد إليها بموته وفراقه ، ويدخل عليهم من حدث أبدا من ولد ولدي ، ولايدخل في قرن ممن إلىّ عمود نسبهم من ولد ولدي ماتناسلوا على القرن الذين هم أبعد إلىّ منهم مابقي من ذلك القرن أحد ، ولايدخل عليهم من ولد بناتي الذين إلىّ عمود انتسابهم ، إلا أن يكون من ولد بناتي من هو من ولد ولدي الذكور الذين إلىّ عمود نسبهم فيدخل مع القرن الذين

عليهم صدقتى لولادتى إياه من قبل أبيه لامن قبل أمه ، ثم هكذا صدقتى أبداً على من بقى من ولد أولادى الذين إلىَّ عمود نسبهم وإن سفلوا أو تناسلوا ، حتى يكون بينى وبينهم مائة أب أو أكثر مابقى أحد إلىَّ عمود نسبه ، فإذا انقرضوا كلهم فلم يبق منهم أحد إلىَّ عمود نسبه ، فهذه الدار حبس صدقة لاتباع ، ولاتوهب ، ولاتورث ، لوجه الله على ذوى رحمى المحتاجين من قبل أبى أو أمى يكونون فيها شرعا سواء ذكرهم وأنثاهم ، والأقرب إلىَّ منهم والأبعد منى ، فإذا انقرضوا ولم يبق منهم أحد ، فهذه الدار حبس على موالى الذين أنعمت عليهم ، وأنعم عليهم آبائى بالعتاقة لهم وأولادهم وأولاد أولادهم ماتناسلوا ذكرهم وأنثاهم ، صغيرهم وكبيرهم ، ومن قرب منهم ومن بعد إلىَّ وإلى آبائى نسبة بالولاء أو نسبة إلى من صار مولاى بولاية — سواء ، فإذا انقرضوا ، ولم يبق منهم أحد ، فهذه الدار حبس صدقة لوجه الله تعالى على من يمر بها من غزاة المسلمين وأبناء السبيل ، وعلى الفقراء والمساكين من جيران هذه الدار ، وغيرهم من أهل الفسطاط وأبناء السبيل والمارة ، من كانوا ، حتى يرث الله الأرض ومن عليها ... ويلى هذه الدار فلان بن فلان ابنى الذى وليته فى حياتى وبعد موتى ماكان قويا على ولايتها ، أمينا عليها بما أوجب الله تعالى ، من توفير غلة إن كانت لها ، والعدل فى قسمها ، وفى إسكان من أراد السكنى من أهل صدقتى بقدر حقه ، فإن تغيرت حال فلان بن فلان ابنى بضعف فى ولايتها ، أو قلة أمانة فيها ، وليها من ولدى أفضلهم دينا وأمانة على الشروط التى شرطت على ابنى فلان ، ويليها ماقوى وأدى الأمانة ، فإذا ضعف وتغيرت أمانته ، فلا ولاية له فيها ، وتنتقل الولاية إلى غيره من أهل القوة والأمانة من ولدى ، ثم كل قرن صارت هذه الصدقة إليه وليها من ذلك القرن أفضلهم قوة وأمانة ، ومن تغيرت حاله ممن وليها بضعف أو قلة أمانة نقلت ولايتها عنه إلى أفضل من عليه صدقتى قوة وأمانة ، وهكذا كل قرن صارت صدقتى هذه إليه ، يليها منهم أفضلهم دينا وأمانة على ماشرطت فى ولدى مابقى منهم أحد ، ثم صارت إليه هذه الدار من قرابتى أو موالى ، وليها عمن صارت إليهم — أفضلهم دينا وأمانة ، ماكان فى القرن الذى تصير إليهم

هذه الصدقة ذو قوة وأمانة ، وإن حدث قرن ليس فيهم ذو قوة وأمانة — ولّى قاضى المسلمين صدقتى هذه من يحمل ولايتها بالقوة والأمانة من الناس أقرب إلىّ رحما ماكان ذلك فيهم ، فإن لم يكن ذلك فيهم فمن موالىّ ، وموالى آبائى الذين أنعمنا عليهم ، فإن لم يكن ذلك فيهم فرجل يختاره الحاكم من المسلمين ، فإن حدث من ولدى أو ولد ولدى ، أو من موالىّ رجل له قوة وأمانة نزعها الحاكم من يَدَىْ من ولاه من قِبَلِهِ وردها إلى من كان قويا أمينا ممن سميت .. وعلى كل والٍ أن يعمر ماوَهَى من هذه الدار ، ويصلح ماخاف فساده منها ، ويفتح الأبواب، ويصلح منها مافيه الصلاح لها ، والمستزاد فى غلتها وسكنها مما يجتمع من غلة هذه الدار ، ثم يفرق مابقى منه على من له هذه الغلة سواء بينهم ، على ماشرطت لهم ، وليس للوالى من ولاة المسلمين أن يخرجها من يَدَىْ من وليته إياها ، ماكان قويا أمينا ، ولامن يَدَىْ أحد من القرن الذين تصير إليهم ماكان فيهم من يستوجب ولايتها بالقوة والأمانة ، ولايولى غيرهم ، وهو من يجد فيهم من يستوجب الولاية ، يشهد على إقراره فلان ابن فلان ، وفلان ابن فلان » [1] .

٨ — من هذه الوثيقة التاريخية نعرف أن أهل مصر ، ومثلهم أهل الشام كانت أحباسهم فى أواخر القرن الثانى وأوائل القرن الثالث تشبه فى شروطها ومصارفها أحباسهم فى القرن الرابع عشر الهجرى ، وإن كان توالى الأوقاف على النحو التالى على الذرية حرر العبارات ، وأوجزها ، فصار يقال أولاد البطون وأولاد الظهور بدل أولاد البنات ، وصار يقال جيلا بعد جيل بدل قرن ، وعمود النسب إلىّ .

ويلاحظ فيها بصريح اللفظ حرمان أولاد البنات ، وقصر الانتفاع على أولاد الظهور ، وهو فى هذا أيضا يشبه الأوقاف فى عصرنا ، وواضح أن فى هذه الوثيقة حرمان البنات المتزوجات مادامت الزوجية قائمة .

وبهذا نجد الحاضر متصلا بالماضى اتصالا وثيقا من حيث مصارف

---

(١) الأم الجزء الثالث ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ، ٢٨٣ .

الأوقاف التي سميت في العصور الأخيرة بالأوقاف الأهلية في مصر ، وسميت بالأوقاف الذرية في الشام .

وعلى ذلك نقرر أن الأوقاف من قديم الزمان عرفت في مصر على نوعين : نوع يقصد فيه القربة ابتداء ، ونوع يقصد فيه القربة انتهاء ، وكانت للدولة رعاية خاصة على النوعين من الأوقاف ، لأنها في مآلها تئول إلى جهة البر إذا كانت في أول أمرها على الأهل والذرية ، وكانت الأوقاف تابعة للقضاة ، وكان لبعض القضاة فضل عناية خاصة برعايتها ، وقد جاء في تاريخ القضاة للكندى أن أبا الطاهر عبد الملك بن محمد الحزمى الذى ولى قضاء مصر سنة ١٧٣ هـ كان يتفقد الأحباس بنفسه ثلاثة أيام في كل شهر ، يأمر بمرمتها وإصلاحها وكنس ترابها ، ومعه طائفة من عماله عليها ، فإن رأى خللا في شيء منها ضرب المتولى عليها عشر جلدات [١] .

٩ — ومع كثرة الأوقاف في مصر لم تتجاوز الدور والرباع فلم يعرف قبل الإخشيدية أن أحدا عمد إلى أرض زراعية فوقفها . وهكذا روى الثقات من المؤرخين . فقد قال المقريزى : « الأحباس لم تكن إلا في الرباع ومايجرى مجراها . وأما الأرض فلم يكن سلف الأمة يتعرضون لها . حتى أن أحمد بن طولون لما بنى الجامع والمارستان والسقاية وحبس على ذلك الأحباس الكثيرة لم يكن فيها سوى الرباع ونحوها بمصر . ولم يتعرض لشيء من أراضى مصر » [٢] .

وأول وقف عربى في الأراضى والبساتين كان وقف أبى بكر الماردانى . فقد حبس أراضى له على الحرمين الشريفين وبعض جهات البر . ثم حبس غيره من بعده . وتوالت الأوقاف من الأراضى والبساتين .

وهنا يتساءل الباحث عن العلة في منع الوقف من الأراضى ابتداء . وإباحته في الدور والرباع والحوانيت والخانات ؟ ولانجد تعليلا محتمل الرجحان إلا أن أراضى مصر كانت تعتبر في ذلك الإبَّانِ ملكا للدولة . ويد

(١) تاريخ القضاة ص ٢٨٣ .
(٢) الخطط للمقريزى جـ ٤ ص ٨٣ .

الزراع عليها ليست يد ملك ، بل يد استئجار ، ومايصل إلى الحاكم من خراج إنما هو أجرة ، وعلى هذا الرأى جماهير العلماء ، وقد صرح به إبو يعلى فى الأحكام السلطانية ، والإمام النووى من علماء الشافعية بالشام وكمال الدين بن الهمام وغيرهم [1] .

طمع الولاة فى الأوقاف

١٠ — ومهما يكن من سبب لهذا المنع فهو لم يستمر طويلا ، بل أبيح وقف الأراضى الزراعية إباحة مطلقة فى عهد الأيوبية والمماليك ، وقد كثرت الأحباس كثرة فاحشة ،واتسع نطاقها ، وكانت تلك الكثرة سببا أيضا فى أن صار للأوقاف ثلاثة دواوين : ديوان لأحباس المساجد ، وديوان لأحباس الحرمين الشريفين وجهات البر الأخرى المختلفة ، وديوان للأوقاف الأهلية .

١١ — وقد كان أكثر الأوقاف بالبلاد العربية تسير على مقتضى المقرر من الأحكام فى المذهبين الحنفى والشافعى اللذين يقرران تأبيد الوقف ، فيبقى الوقف جيلا بعد جيل وقد تجهل مصارفه والولاية عليه بمرور الأزمان وترادف الحوادث المختلفة .

ولقد وجد من أمراء مصر وحكامها من استهدف الأوقاف وأخذ يستولى عليها ويضع يده باسم أنها مملوكة ، ولقد ذكر المقريزى فى خططه أن الناصر محمد بن قلاوون حاول أن يستولى على النصف من أحباس المساجد التى بلغت ١٣٠ ألف فدان ، ولكنه قبض قبل أن يتم له شيء مما أراد .

واتخذ بعض الولاة من جواز استبدال الأوقاف طريقا للاستيلاء عليها باسم استبدالها ، وقد عاونهم على ذلك بعض فسقة القضاة والشهود ، وأظهر من تولى كبر ذلك من الولاة جمال الدين يوسف ، وعاونه فى تنفيذ مآربه

---

(١) راجع الأحكام السلطانية ، وفتح القدير ، وحاشية ابن عابدين .

القاضى كمال الدين عمرو بن العديم قاضى الحنفية ، فتظاهرا معا على اغتصاب الأوقاف ، ولنترك الكلمة للمقريزى فهو يقول : « كان جمال الدين إذا أراد أخذ وقف من الأوقاف أقام شاهدين يشهدان بأن هذا البناء يضر بالجار والمار ، وأن منع الخطر فيه أن يستبدل به غيره ، فيحكم له قاضى القضاة كمال الدين عمرو باستبداله ، وشَرِهَ كمال الدين فى هذا الفعل كما شَرِهَ غيرُه ، فحكم له المذكور باستبدال القصور العامرة والدور الجليلة بهذه الطريقة ، والناس على دين ملوكهم ، فصار كل من يريد بيع وقف أو شراء وقف سعى بهذه الطريقة عند القاضى المذكور بجاه أو مال ، فيحكم له بما يريد » .

كان هذا يجرى فى القرن السابع والثامن ومايليه ، وبذلك صارت الأوقاف نهبا مقسوما ، ولقد كان لذلك أثره فى الفقهاء الذين عاصروا أشباه ذلك الأمير ، فمنهم من شدد فى فتاويه فى الاستبدال وصعَّب طريقه ، ومنهم من أكثر من النكير على فعل الظالمين ، واقرأ ماكتبه الطرسوسى فى فتاويه فى أول بحث الاستبدال :

« اعلم وفقك الله وإياى أن هذه المسألة تعزى إلى مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة ، وعمل به بعض القضاة بالديار المصرية ، ولكن منهم من عمل به على الوجه المرضى ، ومنهم من عمل به ليحصل الدنيا الدنية ، والتقرب إلى والى الدولة ، لينال بها سحتا مما فى أيديهم أو يتستر بما يفعله معهم ، لما يقصدون من أخذ أوقاف المسلمين بأبخس الأثمان ، مما يكون ريعه أكثر مما استبدل به ، وقراره أجود وأغلى مما عوض عنه ، فلا جرم أن الله تعالى رد قصدهم وكيدهم فى نحرهم ، وشمت بهم الأعداء ، هذا ماحصل لهم فى الدنيا ، ولعذاب الآخرة أخزى وهم لاينصرون ، فالله المسئول أن يعصمنا من الأهواء والطمع ، ويجعلنا ممن أطاع الأمر واستمع ، ولايجعل لأحد من خلقه عندنا ظلامة ، ويبيض وجوهنا يوم الطامة ، ويسلمنا فيما بقى ، ويوفقنا لطاعته » [1] .

---

(١) الفتاوى الطرسوسية ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ .

١٢ ـــ ولقد كان من أثر تشدد الفقهاء فى الفتوى بالاستبدال أن اشترطوا أن يكون القاضى الذى يحكم به عالما عادلا ، وهو الذى يعبر عنه بقاضى الجنة ، وبذلك يقررون أن القاضى الذى لايستوفى هذين الشرطين يكون استبداله باطلا ولا يخرج العين عن كونها وقفا ، مع أن الحنفية يقررون أن القاضى الذى لايكون عادلا ينفذ قضاؤه ، ولكن يجب عزله [١] .

ولقد شدَّد ابن نجيم فى البحر فاشترط أن يكون الاستبدال بعقار لابدراهم ودنانير ، حتى لايأكلها نظار الأوقاف ، وقد قال فى ذلك : « يجب أن يزاد شرط آخر فى زمننا ، وهو أن يستبدل بعقار لابالدراهم والدنانير ، فإنا قد شاهدنا النظار يأكلونها ، وقل أن يشترى الناظر بها بدلا ، ولم نر أحداً من القضاة يفتش على ذلك ، وهمَّ بالتفتيش ، ثم ترك » .

ومن هذا كله يتبين كيف اتخذ الاستبدال لاغتصاب الأوقاف ، وأكلها بالباطل ، وحاول الفقهاء الاحتياط ، ولكن ذهب كل احتياطهم صرخة فى واد ، لأن الأوقاف كسائر الأموال لاتحمى بالشروط تشترط ، إنما الحماية الحقيقية بالعدالة والعلم فى القضاة ، والنزاهة فى الولاة ، فإن تحققت فلا موجب للاحتياط ، وإن لم تتحقق فلا يغنى احتياط ، والله عليم بذات الصدور .

التفكير فى إنهاء الأوقاف

١٣ ـــ لم يكن التفكير فى إنهاء الأوقاف الأهلية ، أو الأوقاف الذرية كما يعبر أهل الشام وليد عصرنا ، بل سبق التفكير فيه عصرنا ، فقد فكر فى تطبيق نظرية امتلاك الدولة للأراضى ـــ الظاهر بيبرس ، وذلك أنه اضطر إلى فرض ضرائب كثيرة فى مصر والشام بسبب الحروب مع التتار ، فإنه أتم مابدأه قطز فى (عين جالوت) ، واستمر فى نزال مستمر معهم ، وقد سلك سبيلا غير بَيِّن فى الاستيلاء على الأراضى كلها والأوقاف من بينها ، وقد جرت مساجلات بينه وبين العلماء فى هذا المسلك ، وذلك أنه جاء

---

(١) راجع الإسعاف ، والجزء الخامس من البحر ص ٢٤١ وابن عابدين جـ ٣ .

إلى كل مالك لعقار وطلب إليه أن يقدم المستند الدال على ملكيته ، فإن كان المستند مثبتا تركها ، وإن لم يجد مستنداً وذلك هو السائد استولى عليها ، ولكن الإمام النووى وقف فى وجهه ، يقود العلماء فى مناهضته ، وذكر له أن ذلك غاية فى العناد ، وأن عمله لايحله أحد من علماء المسلمين ، ومن فى يده شىء فهو ملكه لايحل لأحد الاعتراض عليه ، ولايكلف إثباته ، فاليد دليل الملك ظاهرا ، ومازال النووى فى اعتراضه حتى عدل الظاهر بيبرس عن ذلك المسلك ، وترك هذا ، ولكن حاول فرض ضرائب كثيرة ترهق الناس ، والأوقاف .

ولكن الشيخ محيى الدين النووى يقف فى وجهه معارضا فى فرض هذه الضرائب خشية إثقال الرعية ، والسلطان يهدد ويبرق ، والشيخ يدفعه ويرشده وينصحه ، ثم ينتهى الأمر من النصيحة إلى غليظ القول ليشفى قلبه من مرارة التهديد ، وكان النوازع فى واقع الأمر بين سطوة السلطان وقوة العلم .

١٤ — وقد سجل السيوطى فى حسن المحاضرة طائفة كبيرة من المكاتبات التى جرت فى هذا المقام بين الشيخ وهو بدمشق ، والسلطان وهو بالقاهرة ، فالسلطان يحتج لفرض الضرائب بضيق الحال ، وخشية المآل ، والشيخ يحتج بفقر الرعية وضيق الأمر عليها ، ويقول فى إحدى رسائله « إن أهل الشام فى هذه السنة فى ضيق وضعف حال بسبب قلة الأمطار وغلاء الأسعار ، وقلة الغلات والنبات ، وهلاك المواشى ، وأنتم تعلمون أنه تجب الشفقة على الرعية ، ونصيحته (أى وَلِىُّ الأمر) فى مصلحته ومصلحتهم » .

والعلماء كانوا من وراءالنووى يؤازرونه ويؤيدونه ، وقد رد السلطان هذه النصيحة رداً عينفا ، وعيَّرهم بموقفهم يوم كانت البلاد تحت سنابك الخيل فى عهد التتار ، وسكوتهم على الذل ، وأنه كان أولى بهم أن يهبوا لمقاومتهم أو مناقشتهم .

ولكن الشيخ لا يستخذى إزاء هذا التهديد ، فيرد ردا قويا مؤكدا

نصحه ، ومبينا أنه ميثاق الله الذى أخذه على العلماء ليبيننه ، ويقول رضى الله عنه فى ذلك « وأما ماذكر من كوننا لم ننكر على الكفار كيف كانوا فى البلاد ، فكيف يقاس ملوك الإسلام وأهل الإيمان وأهل القرآن — بطغاة الكفار ، وبأى شىء كنا نذكر طغاة الكفار ، وهم لايعتقدون شيئا من ديننا .. وأما أنا فى نفسى فلا يضرنى التهديد ، ولايمنعنى ذلك من نصيحة السلطان ، فإنى أعتقد أن هذا واجب علىَّ وعلى غيرى ، وماترتب على الواجب فهو خير وزيادة عند الله ... وأفوض أمرى إلى الله ، إن الله بصير بالعباد ، وقد أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نقول الحق حيثما كنا ، وألا نخاف فى الله لومة لائم ، ونحن نحب السلطان فى كل الأحوال ، وماينفعه فى آخرته ودنياه » .

وقد توالت الكتب على هذا النحو ، والشيخ رضى الله عنه ثابت فى قول الحق كالطود ، والسلطان لاينتصح لأن الضرائب ضرورية فى نظره ، ولقد اتجه إلى العلماء أنفسهم بدمشق مطّرحا وراء ظهره شيخهم أولا . فجمع فتاويهم فى تأييد فرض الضرائب ، وقد حضر إلى دمشق لذلك المقصد ، ولكن الشيخ اشتد فى استمساكه ، وندد بإكراهه العلماء ، وقد أحضره الظاهر فى مجلسه بدمشق ، ليكرهه كما أكره غيره ، ولكنه فى هذه المرة كان عنيفا جدا ، فقد قال للسلطان فى قوة الحق العنيف غير الرفيق : « أنا أعرف أنك كنت فى الرق للأمير بندقدار ، وليس لك مال ، ثم مَنَّ الله عليك وجعلك ملكا ، وسمعت أن عندك ألف مملوك ، وكل مملوك له حياصة من ذهب ، [1] وعندك مائة جارية ، لكل جارية حُقٌّ من الحلى ، فإن أنفقت ذلك كله ، وبقيت المماليك بالبنود الصوف بدلا من الحوائص ، وبقيت الجوارى بثيابهن دون الحلى أفتيتك بأخذ المال من الرعية » .

فغضب الظاهر غضبا شديدا ، وقال للشيخ ناهرا : « اخرج من بلدى (أى دمشق) فقال الشيخ : السمع والطاعة » . وخرج إلى نوى بالشام ،

---

(١) الحياصة : الثياب الموشاة بالذهب الخالص .

فقَال العلماء : هذا من كبار علمائنا وصلحائنا ، وممن يُقْتدى بهم ، فأعِدْه إلى الشام ، فرسم برجوعه ، فامتنع الشيخ ، وقال : لاأدخل والظاهر بها ، فمات الظاهر بعد شهر [1] .

١٥ — سقنا هذا الكلام ليتبين كيف كانت الأوقاف الأهلية والخيرية مراما للملوك والسلاطين ، كلما اضطروا إلى جباية المال ، وقد بينا كيف وقف محيى الدين النووى تلك الوقفة الرائعة ، ووقفها عندما أراد السلطان انتزاع الأراضى ، الأوقاف وغير الأوقاف ، من الأهلين ، ووقفها ثانية عندما أراد فرض ضرائب على أهل الشام لاتطيقها القوة المالية للشعب ، ولولا وقفته الأولى لتم للسلطان ماأراد ، وإن الشيخ رحمه الله تعالى لم يجد عسراً فى منعه مما أراد بالنسبة للأراضى ، لأن انتزاع الملكية عسير ، بخلاف فرض الضرائب ، فإنه أمر جائز فى الحروب ، إذا لم يكن فى بيت المال مايسعف بالإنفاق .

١٦ — وفكر فى إنهاء الوقف فى القرن الثامن برقوق أتابك ، فقد هم بإبطال الأوقاف الأهلية ، ويقول المقريزى فى ذلك : « عَقَدَ مجلسا من العلماء فيه شيخ الإسلام سراج الدين عمر بن رسلان البلقينى ، لاستفتائهم فى ذلك ، فلم يوافقوه » .

ولكن يظهر أن الباعث فى هذه المرة لم يكن إبطال الوقف الأهلى باعتباره مانعا للميراث ، بل كان المقصود إبطال أوقاف الأمراء السابقين ، فقد جاء فى حسن المحاضرة للسيوطى عن هذا المجلس الذى عقده برقوق أتابك ، فقال : « وعقد برقوق أتابك مجلسا من القضاة والعلماء ، وذكر أن أراضى بيت المال أخذت منه بالحيلة ، وجعلت أوقافا من بعد الناصر قلاوون ، وضاق بيت المال بسبب ذلك ، فقال الشيخ سراج الدين البلقينى : أما ماوقف على خديجة ، وعويشة ، وفطيمة فنعم ، وأما ماوقف على المدارس والعلماء والطلبة فلا سبيل إلى نقضه ، لأن لهم فى الخمس أكثر من ذلك ، فانفصل الأمر على مقالة البلقينى » [2] .

---

(١) راجع هذه المكاتبات فى حسن المحاضرة جـ ٢ ص ٦٧ إلى ص ٧١ .

(٢) حسن المحاضرة جـ ٢ ص ١٦٢ .

ونرى من هذا أن المجلس قد وافقه على أن الأرض التى حبسها أولئك الأمراء من بعد الناصر قلاوون كانت من أراضى بيت المال ولم تكن ملكا خاصا لهم ، وإذا كانت من أراضى بيت المال فإن الحبس فيها لايكون وقفا ، ولكن يكون من قبيل الإرصاد ، والإرصاد يكون صحيحا إذا كان على مصرف من مصارف بيت المال ، فقد جاء فى الفتاوى المهدية : « حكم الإرصاد الصحة إذا كان من وَلّى الأمر على مصارف بيت المال كالمجاهدين وعمال بيت المال الذين هم فى خدمة الحكومة ، والعلماء المفتين ، والقضاة والأرامل والفقراء والمساجد والقراء والأيتام وطلبة العلم » [1] .

وإن فتوى البلقينى صحيحة ، فقد قسم الذين حبس عليهم الأمراء إلى أشخاص لم يلاحظ فى الحبس عليهم جهة قربة ، وجهات تعد من مصارف بيت المال ، فمنعه من إبطال الأحباس التى رصدت على مصارف بيت المال حتى لايدعو ذلك إلى إهمال هذه المصارف .

---

١٧ — غير أن برقوقا هذا وإن حيل بينه وبين إنهاء الأوقاف عامة ، والأهلية خاصة — قد اتخذ الحيلة سبيلا لجعل أكثر غلاتها فى يده ، فقد صار أمراؤه يستأجرون بأمره الأوقاف بأقل من أجر مثلها ، ثم يؤجرونها الناس بأكثر مما استأجروها ، فيربح هو وهم فرق مابين الأجرتين ، وربما كان كبيراً . ولما مات برقوق أمعن أمراء الدولة فى هذا وفحش الأمر ، حتى أستولوا على جميع الأراضى الموقوفة بمصر والشام « وصار أجودهم من يعطى من يستحق ربع عشر مايحصل له ، وإلا فكثير منهم لايدفع شيئا ، ولاسيما ماكان ذلك ببلاد الشام .. وكان أسوأ الناس حالا فى هذه المحن الفقهاء » [2] .

---

(١) الفتاوى المهدية جـ ٢ ص ٦٦٠ ، ومثل ذلك جاء فى أمهات كتب الفقه كالبحر وابن عابدين .
(٢) الخطط المقريزية ، جـ ٤ ص ٨٦ .

اتخاذ الأمراء الأوقاف ذريعة لحماية أموالهم

١٨ ــ لم يكن الشعب يملك من أمره شيئا ، وقد عزف أفراده عن الأوقاف لهذه المظالم التى ذكرنا بعضها ، وبمقدار نفور الشعب من الوقف كان إقبال أمراء المماليك عليه ، لأن الأراضى الشاسعة كانت بأيديهم فى مصر وفى الشام ، ولأن الأمور بينهم قد اضطربت ، وطغى بعضهم على بعض ، وصار الغالب منهم يستولى على أموال المغلوب ويصادرها ، فكان لابد أن يحصنوا أموالهم بالوقف ، تحبس به أراضيهم وقصورهم ، وصاروا يحبسونها على المساجد بالاسم والصورة ، وهى فى مؤداها ومصارفها تنال الذرية بحظ وفير ، فيشترطون شروطا تمكن ذريتهم من الانتفاع بها ، فإذا صودرت أموالهم من بعد غلبهم لايتمكن الغالب من الأحباس لأنها على المساجد فى صورتها .

ومن الوثائق التى تصور هذه الحقيقة تمام التصوير وقف برسباى ، فقد وقف فى سنة ٨٢٧ هـ على مسجده الذى سماه المسجد الأشرفى جميع مايملك من عقارات فى القاهرة ، ورتب لأصحاب الوظائف مرتبات مقدرة بالدراهم والدنانير لابالسهام . فجعل لمؤذن من المؤذنين حسنى الصوت مقدار مائتين وألف درهم ، ولرجل من أهل الخير حافظ لكتاب الله ألفا ، ولرجل من أهل الدين والخير عارف بطرق الوعظ يخطب الناس أيام الجمع والعيدين ، ويؤمهم بعد الخطبة خمسمائة درهم ، ولرجل عالم بالأوقاف ثلاثمائة درهم إلخ . وبعد أن أحصى أصحاب الوظائف ومايستحقون جعل الفاضل من بعد ذلك لنفسه . فقال : « ومهما فضل بعد ذلك يتناوله الواقف مادام حيا ، ثم من بعده يكون الفاضل لمن يوجد من أولاده ونسله وعقبه وذريته من الذكور والإناث من أولاد الظهور والبطون طبقة تحجب العليا منهم السفلى أبدا ماتوالدوا يستقل به الواحد إذا انفرد ، ويشترك فيه الاثنان فما فوقهما عند الاجتماع »[1] .

---

(١) راجع اشهار وقف برسباى ، وهو محفوظ فى دار الكتب المصرية فى ضمن المحفوظات التاريخية برقم ٣٣٩ .

ونرى من هذا أنه جعل للمسجد وإقامة الشعائر فيه مرتبات معلومة ، وفى الوقف متسع لها ويزيد ، وجعل الزيادة لنفسه وذريته من بعده .

وكأنه استصغر ماوقف على المسجد ، ولذا وقف فى ذى القعدة سنة ٨٢٩ هـ وقفا آخر ، وهو جميع أراضى يشاكس بالغربية على مصلحة جامعه المحدود الموصوف (الآنف الذكر) على حكم مابينه واشترطه ، ونص عليه فى كتاب وقفه السابق فصلا فصلا على الحكم والترتيب المشروحين [١] .

ولايكتفى بذلك ، بل يقف على المسجد أيضا ربع مزرعة سنديون ، ثم يقف نحو مائة وخمسين فدانا بناحية بشتيل على المسجد أيضا ، ثم يقف نصف ضيعته فى أراضى منية قرطوط على المسجد .

فإذا مااستكثر الوقف على المسجد وقف على مدرسة يعين المرتبات تعيينا دقيقا من غير سرف ولاتقتير ، ويجعل الباقى لنفسه والذرية من بعده وهكذا ، ويكثر من عقارات الوقف مما يتبين منه أن الغرض أن يحبس أكبر قدر على نفسه مدرعا بالمسجد والمدرسة ، وساترا غاياته بهما ستراً يمنع الغالبين من بعده من أن يستولوا على عقاره ، ويتحكموا فى ذريته .

ومما يدل على أنه يخشى الظالمين من أن يصادروه أو يستولوا عليه — أنه يشترط على ناظر الوقف « ألا يُسْتَبْدَلَ شىء من الوقف ، ولو بلغ من الخراب مابلغ » ويشترط على ناظر الوقف « أن يتعهد كتاب الوقف فى كل عشر سنين بالإثبات والتنفيذ » .

١٩ — هذه صور من الأوقاف التى كان يقصد إليها الأمراء من المماليك ، وهى تبين كيف اتخذوا الأحباس طريقا لتحصين الأموال من المصادرة ، وقد أثمرت ثمراتها ، فقد كان الغالبون من المماليك يتعففون عن أن يمسوا أوقاف المساجد والمدارس بسوء ، لنزعتهم الدينية ، مع ماشتهروا به من سفك الدماء ،والاستهانة بالأرواح، ولذلك كثرت الأوقاف

---

(١) الاشهارات المذكورة بالرقم السابق .

على المساجد والمدارس ووجوه البر كثرة عظيمة ، وإن كان الأكثرون يشكون في وصول الغلات إلى الجهات التي رصدت لها .

وبسبب هذه الكثرة الكاثرة أشار بعض الناس على سليمان القانونى بعد فتح الأتراك لمصر والشام أن يحلها ، باعتبار أن أكثرها من أراضى بيت المال ، وأن الحبس عليها إرصاد لاوقف ، ويجوز تغييره إذا رأى ولى الأمر أن بعض المصارف أولى مما رصد عليه ، ولكنه امتنع عن أن يمسها ، إن كانت لاتجوز إلا على مذهب واحد ، فكيف وهى محل إجماعهم (١) .

٢٠ ــ ولم تنقطع الأحباس على المساجد والمدارس باستيلاء الأتراك على مصر والشام ، لأن المماليك قد بقيت لهم شوكة فى مصر ، ولقوة ملتزمى الضرائب ، فقد كانت البلاد إقطاعيات لهم ، واستمر تيار الوقف فى قوته واندفاعه ، حتى أن محمد على فى مصر عندما مسح البلاد المصرية ليعرف مساحتها بالتعيين ــ وجد أن مساحة الأراضى الزراعية فى إبانه كانت تبلغ مليونين من الأفدنة ، ووجد أن من بينها أوقافا تبلغ نحو ستمائة ألف فدان ، أى نحو ثلث الأراضى الزراعية فى ذلك الوقت .

وكانت الأحباس فى ذلك الإبان لاتجنى منها ضرائب ، ولاتفرض عليها فرائض ، فتململ محمد على بمصر ، ولم يتركها طليقة من كل ضريبة ، بل فرض عليها نصف ماكان يفرضه على غيرها من الأطيان ، ففرض على الفدان ثلاثة ريالات ونصف ريال ، فضج كل من له وظيفة فيها ، وذهب الكثيرون منهم إلى العلماء ، وذهب هؤلاء إلى محمد على ، وقالوا له : « هذا يترتب عليه خراب المساجد ، فقال : وأين المساجد العامرة ؟ من لم يرض بذلك يرفع يده ، وأنا أعمر المساجد المتخربة ، وأرتب مايكفيها » (٢) .

ولم يكتف محمد على بنصف الضريبة يفرضه ، بل فرض عليها الضريبة كاملة ، وصارت كغيرها على سواء .

---

(١) الفتاوى المهدية .

(٢) تاريخ الجبرتى جـ ٤ ص ١٤٣ .

الاستيلاء على الأراضى المصرية

٢١ ـــ بعث محمد على نظرية ملكية الأراضى المصرية والشامية والعراقية من مرقدها ، ولم يكن فى عصره مثل محيى الدين النووى يقف فى وجهه ، ولذلك قبض على الأراضى المصرية كلها ، واستولى على الأوقاف كلها بكل أنواعها ، فاستولى على أوقاف المساجد وجهات البر . لأنه تعهد بالإنفاق على المساجد ، ومصارف البر ، واستولى على الأوقاف الأهلية ، والأراضى المملوكة بطرق كثيرة ، منها طلبه من ذويها أن يبرزوا الأدلة ، ويقدموا الوثائق المثبتة ، وقليل منهم من كان عنده مايطلب منه من دليل ، ومن كان معه لايعدم تزييفا ، ولنترك الكلمة لمعاصره الجبرتى يصف الحال إبان ذلك . ومنها يتبين ظلم المتولين لأمور الأوقاف مما سهل على محمد على تنفيذ مآربه، ولم يجعل الناس يشعرون بمظالمه .

« والواضعون أيديهم عليها (أى على الأوقاف) لايدفعون لجهاتها ، ولا لمستحقيها إلا ماهو مرتب ومقرر من الزمن السابق ، وهو شىء قليل ، وليتهم دفعوه .. والأوقاف تحت أيدى بعض من كبراء البلاد يزرعها ، ويأخذ منها الألوف من الأرادب ، ويضن ويبخل بدفع القدر اليسير لجهة وقفه ، ويكسر السنّة على السنّة ، فإن كانت يد صاحب الأصل قوية ، أو كان واضع اليد فيه خير ، وقليل ماهم ، دفع لأربابها ثمنا بعد أن يرد الخمسين إلى الأربعين ، ثم يبخس الثمن جدا . والذى يكون تحت يده شىء من أطيان الأوقاف ورثها من بعده ذريته ، فزرعوها وتقاسموها معتقدين ملكيتها ، وأنهم تلقوها بالإرث من مورثهم ولايرون لأحد سواهم فيها حقا ، لايهون بهم دفع شىء لأربابه ولو قل إلا قهراً ، وبالجملة فما أصاب الناس إلا ماكسبت أيديهم ، ولاجنوا إلا ثمرات أعمالهم . وفى بعض الأحباس من مات أربابه ، وخربت جهاته ، ونسى أمره ، وبقى تحت يد من هو تحت يده من غير شىء أصلا » .

٢٢ ـــ لقد ألغى محمد على الأوقاف كلها ، وألغى نظام الالتزام وعوض الملتزمين ببعض أراض تركها لهم ، وبذلك انتهت الأوقاف كلها

ولايتصور إنشاء أوقاف جديدة إلا من الأراضى التى تركت بأيدى من عوضهم محمد على ، ولقد اندفع هؤلاء فى وقف ماتحت أيديهم من الأراضى ، وذلك مالم يرده محمد على ، ولذلك أراد إبطاله ، ولأنه فى هذه المرة لم يكن على المساجد ، بل على أنفسهم وجهات البر ، ابتداء أو انتهاء ، وفوق هذه الأراضى هناك الدور والقصور مملوكة .

ويظهر أنه لما ضاق ذرعا بذلك نبهه بعض العلماء إلى أن أبا حنيفة لايرى لزوم الوقف ، أى يراه غير جائز ، ولذلك وجه إلى مفتى الإسكندرية الشيخ الجزايرلى الاستفتاء التالى :

« ماقولكم فيما إذا ورد أمر أميرى بمنع إيقاف الأماكن المملوكة لأهلها سدا لذريعة ماغلب على العامة من التوسل به لأغراض فاسدة من حرمان بعض الورثة ، والمماطلة بالديون فى الحياة ، وتعريضها للتلف بعد الممات . هل يجوز ذلك ، ويجب امتثال أمره كيف الحال ؟ أفيدوا » .

ونراه يتذرع فى هذا بأن الوقف الأهلى فيه فرار من الديون ، ويؤدى إلى تخريب الأعيان ، وذريعة للتغيير فى فرائض الله تعالى . وقد أجابه المفتى معتمداً على مافهمه من رأى أبى حنيفة ، وهو عدم جواز الوقف ، فقال :

« الوقف من الأمور التى وقع فيها اختلاف أئمة الاجتهاد ، فان منهم من وسع فيه كأبى يوسف ، فإنه قال بصحته ولزومه بمجرد القول ، ومنهم من توسط فيه كمحمد بن الحسن ، فإنه شرط لبقائه ولزومه تسليمه إلى مُتولٍّ ، كما بسط بيان ذلك مع بقية شروطه فى معتبرات المذاهب ، وأما الإمام أبو حنيفة فذكر الإمام محمد بن الحسن عنه أن الوقف باطل سواء أكان مؤبداً ، أم كان غير مؤبد ، وذكر شمس الأئمة السرخسى أن ظاهر الرواية عن أبى حنيفة أن الوقف باطل ، سواء أوقفه فى صحته أو مرضه ، إلا أن يوصى به بعد وفاته ، فيجوز من الثلث [1] ، ووجه قوله ببطلانه

---

(١) يفسر الكثيرون مافى ظاهر الرواية من أن الوقف غير جائز عند أبى حنيفة بأنه غير لازم ، وقد جاء فى مبسوط شمس الأئمة السرخسى : « وظن بعض أصحابنا رحمهم الله أنه جائز على قول أبى حنيفة ، وإليه أشير فى ظاهر الرواية ، فيقول : « أما أبو حنيفة رضى الله عنه ، فكان لايجيز ذلك ومراده ألا يجعله لازما ، —

ذهابه إلى أنه كان مشروعا فى أول الأمر ثم نسخ بآية المواريث ، لما جاء برواية ابن عباس رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاحبس عن فرائض الله » وعن شريح أنه قال : « جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبس » وجمع من المشايخ على أنه جائز عند أبى حنيفة ، ولكنه غير لازم ، فيجوز أن يرجع عنه فى حياته ، ويكون ميراثا عنه بعد وفاته ، كما بين فى مطولات المذهب ، وقد ذكر جمع من أرباب المعتبرات ، ومنهم صاحب الدر المختار أن أمر الحاكم متى صادف أمرا مجتهدا فيه نفذ أمره ، أى وجب امتثاله والامتناع عن مخالفته ، وإذا عرف هذا فإذا ورد أمر من ولى الأمر يمنع العامة من إيقاف أملاكهم ، وتحبيسها فيما يستقبل من الزمان سداً لذريعة أغراضهم الفاسدة كما ذكر جاز ذلك ، لأنه مما تقتضيه السياسة المرعية » .

أخذ محمد على بهذه الفتوى ، ولذا أصدر فى ٩ من رجب سنة ١٢٦٢ هـ أمراً ذكر فيه : « أن الوقف قد صار ممنوعا لأجل منع أرباب الغرض من أغراضهم الفاسدة ، وضررهم للميرى والأهالى ، وللرعاية للفتوى الشريفة » .

٢٣ ــ أصدر محمد على ذلك الأمر ، وقد نفذه بما فى طاقته ، وإبَّان قدرته ، ذلك أن القضاء فى ذلك الوقت كان تحت سلطان الدولة العثمانية رأسا ، وقد ضعفت قوة محمد على فى آخر الأمر ولم تقو على الوقوف أمام رغبة الكثيرين فى الأوقاف وجعلهم من أوليائه وآل بيته ، والقضاء لم ينفذ أمره فى آخر الأمر ، لذلك نقول إن هذا الأمر خفف من الأوقاف وقتا ، ولم يمنعها نهائيا .

ويلاحظ أنه فى هذا الوقت لم يكن للفلاح المصرى فى الأراضى الزراعية إلا العمل واللغوب ، ولايملك الرقبة ، بل لايملك المنفعة ، إذ

= أما أصل الجواز فثابت عنده ، لأنه يجعل الواقف حابسا للعين على ماملكه صارفا المنفعة إلى الجهة التى سماها ، فيكون بمنزلة العارية ، والعارية جائزة غير لازمة ، وسنبين هذا الموضوع عندما نتكلم فى حقيقة الوقف ، إن شاء الله تعالى .

الأراضى المصرية كلها كانت كمزرعة لمحمد على وآله ، ومن يمن عليه من أوليائه والملتزمين .

ولقد جاء من بعد ذلك عهد الوالى سعيد ، وقد اتجه إلى إصلاح حال الفلاح المصرى ، فمنحه بأمر صادر فى أغسطس سنة ١٨٥٨ م حق امتياز الأراضى الزراعية فوزعت على الأهلين مقادير كبيرة منها ، على أن الحائز لايملك الرقبة إنما يملك المنفعة ، وكان لهم حق بيعها ورهنها ، وبذلك كانوا يتصرفون تصرف الملاك وإن لم يكونوا ملاكا .

٢٤ — ويلاحظ أنه بعد أن انتزعت أوقاف المساجد وجهات البر ، وصارت كلها ملكا للدولة ، أو بالأحرى ملكا لمحمد على ، حل محل الأوقاف على المساجد وجهات البر إرصاد عليها ، وتململ سعيد بهذا الإرصاد لكثرته ، فاستفتى المفتى ، (وكان إبَّان ذلك الشيخ محمد المهدى العباسى) فى حل هذه الإرصادات ، وقد أجاب المفتى بالمنع ، وجاء فى إجابته بعد بيان تاريخ الإرصاد « فتحصل من هذا كله أن مارتب وأرصد بأوامر الوزراء ، سواء أكان عن اجتهاد منهم أم كان بإذن السلطان على جهات الخير والمرتبات الموقوفة على أولاد وعيال وعتقاء — صحيح جائز ولايجوز نقضه بوجه من الوجوه ، بل يجوز للسلطان ونائبه ، وكل من بسطت يده فى الأرض إحداث مرتبات على الخيرات وفعل القربات » .

وختم الشيخ المهدى رسالته بقوله : « وحينئذ لايصح العدول عما ذكر ، حيث كان مجمعا عليه ، ولاسيما والواقع فى هذا أن الإرصادات يصدر بها أمر أولى الأمر بعد عرض المقطع له بأعتابها وإرصادها على الذرية ونحوهم كالمصالح العامة فى الحال تارة ، والمآل أخرى ، وفعل الخيرات والقربات ، ومن يقع منه ذلك من مصارف بيت المال كالعلماء والمجاهدين ، وعمال الحكومة ، فيصدر الأمر العالى بتنفيذ ذلك وإجرائه ، ولايصح القول بإلغاء منطوق الأوامر الشريفة التى تصدر رحمة بالرعية ، وإيصال من انتسبوا لدى الدولة العلية ... مع أن علماءنا صرحوا بأن أمر الأمير إذا صادف فصلا مجتهدا فيه يجب اتباعه ولايجوز العدول عنه » .

وهذه الفتوى قد تخالف فتوى البلقينى فى إرصاد الملوك ، فالبلقينى قصر اللزوم على ماكان على جهات عامة ، ومنعه بالنسبة للأشخاص ، وأما فتوى المهدى فإنها تلزم الإرصاد كله من غير تفرقة بين ماهو على جهة عامة من مصارف بيت المال وماهو آحاد من الناس من أولاد وعيال وعتقاء ، ولاشك أن ماذكر البلقينى هو الفقه ، لأن الإرصاد وتخصيص جزء من أرض بيت المال على بعض مصارفه ، ومصارفه جهات لأشخاص إلا إذا كان الأشخاص فى ضمن جهة كالفقراء أو اليتامى أو المرضى .

٢٥ ــ كانت الحيازة التى مكن منها سعيد الفلاحين خاصة بالأراضى الخراجية فرقبتها وحيازتها من الناحية الحكمية استمرت للدولة ، على أن تكون حيازة شخصية لاتجوز فيها الوصية ، ولايجوز الوقف ، ولقد جاء بعد ذلك الأمر الكريم الصادر بتاريخ ١٠ من يناير سنة ١٨٦٦ م وفيه الترخيص بالوصية فى الأطيان الخراجية ، مع حفظ الحق للحضرة الخديوية فى الترخيص فى وقفها .

ولقد جاء بعد ذلك الأمر الكريم الصادر فى ٧ مارس سنة ١٨٦٧ م « ترخيص بوقف الأشخاص والمبانى والسواقى المنشأة فى الأطيان الخراجية دون وقف الأطيان نفسها » .

ولقد كان لمنع وقف الأطيان مع احتياز الأراضى أثره فى النفوس ، فإن الرغبة الملحة التى نراها عند كثيرين من المصريين حين ذاك ، وهى تفضيل الذكور على الإناث ، وتخصيص الذكور بالهبات الآثمة ــ وجدت فى منع الوقف عقبة كأداء ، ولذلك حاولوا أن يتجهوا اتجاها آخر ينفذون منه إلى رغباتهم ، وهو أن يستصدروا أمرا بمنع البنات من ميراث الأراضى باعتبار أن الحيازة للانتفاع بالإنبات ، والذكور هم الذين يستطيعون ذلك دون الإناث ، ولذا نرى نوابا فى مجلس شورى النواب الذى أنشأه إسماعيل يطلبون بإلحاف إصدار قانون يمنع البنات من أن يرثن ، وقوام حجتهم أن فى توريث البنات مايؤدى إلى أن تصير الأرض لغير بيت الرجل الذى أُعْطِىَ

الأرض فى عهد سعيد وإسماعيل[1] ولكن لم يتم لهم ماأرادوا .

٢٦ — ومما تقدم سيتبين أن الوقف كان فى دائرة الحظر بالنسبة لعامة الشعب المصرى ، على أساس أن أكثر الأراضى التى بأيديهم مملوكة المنفعة ، وليست مملوكة الرقبة ، وإذا أجيز التصرف فيها بيعا ورهنا ، فموضوع ذلك المنفعة ، وكذلك الانتقال فى الميراث هو انتقال المنفعة لاالرقبة .

ولما صدر الأمر العالى فى ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ م بعد أوامر أخرى سبقته بإعطاء الملكية التامة فى الأطيان صار الوقف مباحا للجميع ، لالطائفة خاصة ، فأمعن الناس فى الوقف على ذراريهم ، وتحققت رغبات الكثيرين منهم ومآربهم فى حرمان بعض الورثة ، وإعطاء ذوى الحظوة أكثر مما يستحقون بالميراث الشرعى ، وكان من أثر هذا أن أبناء الأسرة الواحدة صاروا مختلفين يسارا وإعسارا ، فكان منهم الفقير المحروم من ميراثه الشرعى ، والمحظوظ الذى أخذ أكثر مما أعطاه الله ، ولكن سبحانه وتعالى لايترك من يخالف أمره من غير عقاب فى الآخرة ، وعقاب فى الدنيا أحيانا ، ولقد ظهر هذا فى الأولاد الذين يختصهم آباؤهم بنصيب أوفر ، فإنهم ينصرفون إلى الملاذّ ينفقون فيها إسرافا وبِذارا وإذا نفد مافى أيديهم من مال كثير أكلته ملاذُّهم اقترضوا بالربا الفاحش ، وفوق ذلك يأكل المتولون أمور الوقف من نظار الغلات أكلا لما ، وبذلك يصير أولئك المحظوظون نهبا لنظار الأوقاف والمرابين .

ولقد عملت الحكومة من جانبها على المحافظة على الأوقاف التى تمحضت لجهات البر ومراعاة شروطها ، وحماية من يلجأ إليها من المستحقين فى الأوقاف الأهلية ، فأنشأت ديوان الأوقاف سنة ١٨٩٥ م وجعلته يختص :

(١) بإدارة الأوقاف التى آلت ، أو تئول للخيرات ، وليس النظر مشروطا لأحد فيها .

---

(١) راجع محاضر ذلك المجلس بالوقائع المصرية سنة ١٨٦٨ .

(٢) والأوقاف التى يقام ديوان الأوقاف حارسا قضائيا عليها .
(٣) والأوقاف التى يرى القضاة الشرعيون إحالتها على ديوان الأوقاف .
(٤) والأوقاف التى لاتعلم فيها جهة الاستحقاق للغلة ولاللنظر .
(٥) والأوقاف التى يرغب جميع مستحقيها مع الناظر فى إحالتها على الديوان بعد توكيل الناظر لديوان الأوقاف .

ولقد صار ذلك الديوان وزارة بالأمر العالى فى ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩١٣ م . وهو الآن بمصر وزارة ، ولما انضمت سوريا إلى مصر ، وكونت جمهورية عربية متحدة ، صارت الوزارة تشمل فى عمومها الأوقاف فى الإقليمين ، وكانت للأوقاف من قبل الإقليم السورى إدارة ، كما هى كذلك فى الأقاليم العربية .

٢٧ — غير أن جعل ديوان الأوقاف وزارة ، لم يكن من شأنه أن يزيل ماعساه يكون فى العمل بنظام الأوقاف على النحو الذى يسلكه الناس من عيوب ، فإن هذه العيوب متعددة النواحى ، بعضها فى شروط الواقفين التى تتجانف لإثم ، وبعضها فى نظام الولاية والإشراف ، وبعضها فى الإفراط فى الأوقاف الذى أدى إلى التأثير فى النظام الاقتصادى والاجتماعى ، وقد ترتب على كثرة الأوقاف وجود طائفة من المستحقين ألفت البطالة ، ومنهم من أوغل فى الفساد ، واضطر إلى الاستدانة بالربا الفاحش كما أسلفنا .

من أجل هذا انبعث فى مجلس النواب المصرى سنة ١٩٢٦ م صوت قوى يدعو إلى إصلاح نظام الأوقاف ، بل تطرف بعض النواب فدعا لإلغاء الوقف . وذلك لأن لجنة الأوقاف فى المجلس هالها مارأت من مقادير الديون ، وأن الذى نزل عنه المستحقون من الغلات فى نظير ديونهم بلغ (مليونا) من الجنيهات ، مع أن مجموع الغلات التى تتعلق بها هذه الديون ١,٢٢٠,٠٠٠ ، أى أن الجزء الخالى من الديون نحو السدس ، وقد ختمت اللجنة تقريرها بقولها : « ومعنى هذا أن إدارة الوزارة لكثير من هذه الأوقاف

هى لمصلحةالدائنين ، وأن ماقصده الواقفون من رصد أموال معينة على أولادهم ، حتى لايكونوا عالة يتكففون الناس قد فاتهم بفعل أولادهم الذين يتنازلون عن استحقاقهم أو يستدينون عليها ، وكثيرا ماتكون الاستدانة بفوائد باهظة ، وانبنى على هذا ماهو مشاهد معلوم بأنه رغما من التسهيلات التى وضعتها الوزارة لراحة المستحقين ، ومع أن إدارة هذه الأوقاف فى مجموعها لاغبار عليها فإن البؤس والشقاء ملازم لكثير من المستحقين فى هذه الأوقاف ، ويرجع هذا إلى ماذكرنا ، وإلى أن اعتمادهم على مارصد عليهم أصلا يقعدهم عن تدبير وجوه رزقهم من موارد أخرى ، وهذه الاعتبارات وغيرها تجعل من المحتم على المهتمين بشئون البلاد الاجتماعية والاقتصادية أن يفكروا فى صلاحية بقاء نظام الأوقاف من عدمه » .

٢٨ ـــ ولقد تشعبت المناقشة واشتدت فى داخل المجلس النيابى وخارجه ، ووجدت دعايات شديدة الصخب ، وإن لم تكن من عدد كبير من الناس تدعو إلى إلغاء الأوقاف ، وأقيمت مناظرات وندوات علمية ، وألقيت محاضرات حول هذا الموضوع ، وحجج الذين يدعون إلى الإلغاء تقوم على مايأتى :

(أ) إمعان الناس فى وقف الأراضى الزراعية إمعانا يخشى منه على ثروة البلاد الزراعية فإن متوسط مايوقف سنويا بلغ نحو ١٩,٠٠٠ وبلغ مجموع الموقوف من أراضى مصر ٧٧٠,٠٠٠ ، وهو يقارب نحو ثمن الأراضى الزراعية ، ومما لاشك فيه أن الوقف مقيِّد للتصرف فى العقار ، وقد ثبت بالتجارب أن الأيدى التى تتولى استغلال أراضى الأوقاف لاتحسن استغلالها . .

(ب) أن كثرة الأوقاف الأهلية من شأنها أن تكثر البطالة فإن المستحقين فى الأوقاف يطمئنون إلى أرزاقهم التى تجيئهم تباعاً كل عام ، فينقطعون عن الحياة الجادة العاملة ، وينصرفون إلى الحياة اللاهية الخاملة ، وفى ذلك مافيه من فساد فى الاجتماع ، وموت للمواهب ، ونقص من الانتفاع بكل القوى الصالحة للعمل فى البلاد .

(ﺟ) ضياع المستحقين بأكل النظار لأموالهم ، وهضمهم حقهم ، ووقوع الكثيرين من أقويائهم تحت نير المرابين يقرضونهم بربا فاحش ويحجزون على غلاتهم قبل حصادها وحلول ميقاتها .

(د) التناحر المستمر بين النظار ، والنزاع الدائب والمشاكل القضائية ، والاختلافات المتوالية التى ضجت منها دور المحاكم ، وتقطعت بسببها أواصر الأسر ، وانحلت وحدتها .

(ﻫ) مضى مدة طويلة على بعض الأوقاف ، وانتقالها إلى الذرية طبقة بعد طبقة ، فكثر المستحقون وزاد عددهم ، وقل نصيب مايستحقه كل واحد من المستحقين ، حتى لقد بلغ مايستحقه بعض الناس فى وقف نحو عشرين قرشا كل شهر ، ولو أن المستحقين لتلك الأجزاء الضئيلة قد باعوا نصيبهم لاستطاعوا أن يجعلوا من ثمنه رأس مال ، ولو كان قليلا ، واستغلوه استغلالا يدر عليهم أكثر مما يستحقون فى الوقف .

(و) عدم رعاية الأعيان الموقوفة ، كما ترعى الأملاك الحرة ، فإن حرص الإنسان على ملكه يدفعه إلى حسن القيام عليه وإدارته إدارة حسنة ، أما النظار فى الأوقاف والمستحقون فإنهم لايهمهم منها إلا الثمرة العاجلة ، ولايهمهم بعد ذلك دوام صلاح العين والاحتفاظ بها .

٢٩ — هذه جملة من الأمور التى ضجوا بسببها من نظام الوقف ، وقد بُنِيَ على هذا أن بعضهم طَلَبَ إلغاءَ الأوقاف جملة ، وبعضهم طَلَبَ إلغاءَ الأوقاف الأهلية ، وبعضهم اقتصد فى الطلب ، ولم يحاول هدم البناء أو جانب منه ، بل اتجه إلى معالجة موضع الداء ، ورأب الجزء المتصدع ، ليساير البناء الزمان ، لاليهدمه ، فكان من هذه الاقتراحات المعتدلة :

(أ) تجزئة النظر ، بمعنى أن الموقوف عليهم يكونون أحق بالنظر ويقام كل ناظر على حصته إذا لم يكن الواقف حيا ، فإن كان الموقوف عليه قد انحصر فيه الاستحقاق كان ناظرا على حصته . وإن كان المستحقون جمعا محصورا ، وطلبوا أن يكونوا نظارا على حصتهم أجيبوا مع أخذ

ضمانات كافية للمحافظة على عين الوقف ، حتى ينتفع بها من بعدهم .

(ب) تسهيل الاستبدال ، بأن توضع القواعد اللازمة لتسهيل الاستبدال ، وذلك لكى تنتقل الأعيان الموقوفة من يد إلى يد ، وتحل محلها غيرها ، فيجرى التعامل فيها كالأعيان الحرة [1] .

(ج) تعديل أحكام الوقف المعمول بها الآن ، بحيث تمنع اللعب فى المواريث وجعل بعض الأولاد فى فقر مدقع ، والآخر فى ثروة فاحشة ، والنظر فى الشروط التى اشترطها ويشترطها الواقفون وتعديلها .

(د) حماية المستحقين فى الأوقاف الأهلية من المرابين .

ولم تقف الحكومة المصرية جامدة إزاء هذه الحركات ، والاقتراحات واتجهت إلى إجابة المعتدل منها ، وسارعت إلى معالجة مالا يحتاج إلى تأجيل ، وهو حماية المستحقين فى الأوقاف الأهلية من المرابين ، فأصدرت قانونا يمنع الحجز على عشرين ومائة جنيه فأقل .

٣٠ ــ أما العيوب الأخرى فقد فتحت صدرها للاقتراحات من ذوى الرأى فى الأوقاف ، خصوصا الذين يعالجون مشاكلها كل يوم ، ويعرفون موضع الداء فيها ، وهم القضاة المختصون ، وقد اجتمع فريق منهم ، واقترحوا اقتراحات لاتخرج عن الاقتراحات المعتدلة ، ولكن تزيد عليها تنظيم محاسبة النظار بحيث يكون إجباريا لااختياريا ، ويكون سنويا ، ولايكون عند تقديم شكوى .

ولقد كُتِبَتْ فى هذا الإبَّان كتاباتٌ فى الوقف ، غاص الكتاب العارفون فى أعماق المذاهب الإسلامية ، ومنهم من انتهى إلى نتائج طيبة ، وقد نشرت هذه البحوث فى مجلة القانون والاقتصاد فى السنين التى تبتدىء من سنة ١٩٣١ م وتنتهى فى سنة ١٩٤١ م ، وكان للمرحوم الأستاذ أحمد إبراهيم شيخنا السبقُ فى هذا الميدان .

---

(١) قد تبين من السياق التاريخى الذى أسلفناه أن استبدال الوقف كان فى الماضى طريق هدمه ، فكان الداء الذى ضج منه الفقهاء ، فانظر إلى اختلاف العصور كيف جعل الاستبدال دواء ، بعد أن كان داء . وفى الفقه الاسلامى متسع للاعتبارين .

ولما ألفت لجنة الأحوال الشخصية سنة ١٩٣٦ م وانتهت من بحث المواريث ، وإعداد قانونها سنة ١٩٤١ م اتجهت من بعدها إلى الوقف والوصية ، فكانت تلك البحوث المستفيضة تحت نظرها ، وكان من أعضائها الأستاذ المرحوم أحمد إبراهيم .

وقد انتهى عمل اللجنة إلى اقتراحات خاصة بالوقف والوصية ، وقد نالها التغيير والتبديل فى لجان مجلسى النواب والشيوخ ، وانتهى أمرها فى الوقف إلى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ م الخاص بتنظيم الوقف ، ومازالت بعض أحكام هذا القانون معمولا بها فى مصر وفى لبنان الذى اقتبست منه سنة ١٩٥١ م ولذلك لابد من الإشارة إليه بكلمة موجزة .

قانون تنظيم الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ م

٣١ ـــ وهنا نذكر أهداف هذا القانون من غير أن نتعرض بالتفصيل لما عالجه من داء ، وصلاحيته لأن يكون هو الدواء ، وماعساه يكون فيه من عيوب جعلت بعض أجزائه ضررها أكبر من نفعها .

لانتعرض للقانون من جهة ماتعرض له من شكليات خاصة بالتسجيل من حيث إنه لايعتبر الوقف موجودا إلا إذا سجل ، فلذلك موضعه عند الكلام فى إنشاء الوقف .

ولكن نتعرض له من حيث مااستهدفه من أغراض ، فقد استهدف ثلاث غايات ، وحاول أن يحققها :

أولا ـــ أن يكون نظام الوقف مرنا يصح تغييره فى أى وقت ، والانتفاع به بكل وسائل الانتفاع الممكنة ، وفى سبيل تحقيق هذه الغاية شرع أحكاما لم تكن فى المذهب الذى كان معمولا به من قبل .

(أ) ومن ذلك اعتبار الوقف غير لازم مادام الواقف حيا ، ولم يستثن من هذا الحكم إلا وقف المسجد وماوقف على المسجد ابتداء ، فإن ذلك اللزوم ضرورى ليستمر المسجد قائما ، فتؤدى فيه الشعائر الدينية ، فببقائه

يستمر كيانه ، وبلزوم ماوقف عليه تستمر الشعائر تؤدى فيه على وجه يحقق الغاية منه .

ولم يقتصر حكم عدم اللزوم بالنسبة للأوقاف المستقبلة ، بل أجرى ذلك على الأوقاف السابقة إلا إذا كان الواقف قد حرم نفسه وذريته من الاستحقاق ومن الشروط العشرة ، أو كان الوقف فى نظير عوض مالى أو ضمانا لحق مالى .

(ب) ومنها أن الوقف على الذرية وعلى غير جهات البر لايكون إلا مؤقتا بستين سنة أو بطبقتين ، وأما الخيرى فإنه يجوز أن يكون مؤقتا ومؤبدا ، وقد استثنى من الوقف الخيرى وقف المسجد ، فإنه لايكون إلا مؤبدا وذلك لصيانة حرمة المسجد .

(جـ) ومنها أن شروط الواقف غير محترمة إذا كانت غير متفقة مع مقاصد الشارع ، كاشتراط عدم الزواج فى الاستحقاق ، ولم يجعل من شروط الواقفين واجب الاحترام إلا مايتحقق فيه مصلحة ، فكل شرط لامصلحة فيه لايجب الوفاء به ، فمن وقف دارا واشترط سكناها ، فللموقوف عليه أن يسكنها وأن يستغلها ، ومن وقف اشتراط أن ينال المستحق الفقير خبزا يصح أن يكون بدل الخبز مالا .

(د) جواز إنهاء الوقف الذى صدر قبل العمل بالقانون ، أو بعده ، وكان مؤبدا ، وكان ذلك فيما إذا تخربت عين من أعيان الوقف ، أو كل أعيانه ، ولاسبيل إلى عمارته لعدم وجود مال يعمر به ، ولايمكن استبداله ، ففى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يحكم ببيعه ، وتقسيمه بين المستحقين ، إذا طلبوا الحكم بذلك ، وإذا كان الواقف حيا آلت الملكية إليه .

ويجوز إنهاء الوقف إذا أصبحت حصة المستحق ضئيلة ، فله أن يطلب الإنهاء فى حصته ، وتصير ملكا له ، وإذا طلب المستحقون جميعا أنهى الوقف جميعه بحكم القضاء ، وآلت الملكية إليهم ، مع ملاحظة أن الواقف إن كان حيا تئول إليه الملكية .

وينتهى الوقف إذا كان البدل ضئيلا أيضا ، ويكون ذلك بحكم قضائى . ويجوز للمحكمة أن تصرف مال البدل لعين من أعيان الوقف بيعت فى عمارة بقية أعيان الوقف ، وبذلك ينتهى الوقف ، ولكن هذا فى الحقيقة ليس فى معناه إنهاء ، ولكنه تصرف فى أعيان الوقف ، بما يجعله فى مجموعه يتجه نحو كل وجه من وجوه الانتفاع .

(هـ) ومنها جواز وقف المنقول والأسهم ، وجواز استغلال أموال البدل فيها .

فكل هذه النواحى حاول فيها واضعو هذا القانون أن يحققوا بها الهدف الأول ، أو الغاية الأولىٰ ، وهى أن يكون نظام الوقف مرنا فى دائرة المصلحة .

٣٢ ـــ والغاية الثانية التى تغياها ذلك القانون هى حماية الورثة من ظلم الواقفين ، وقد نص فى المادة الرابعة والعشرين منه على حماية الذرية الوارثة ، والزوجين والأبوين ، ولم يقصد إلى حماية غيرهم ، وقد حمى القانون حق هؤلاء فى الثلثين فإذا وقف الشخص ماله كله وجب أن يكون للموجود من هؤلاء استحقاق واجب بمقدار مايساوى نصيبهم فى ثلثى المال ، وله التصرف فى الثلث ، وله أن يحابى به بعض هؤلاء ، لأن قانون الوقف هذا كقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، أجاز الوقف للوارث ومحاباته بمقدار الثلث ، كما أباح قانون الوصية ذلك .

وأجاز للواقف أن يجعل استحقاق أحد الزوجين أو الأبوين له مدة حياته ، ومن بعده يكون لذرية الواقف ، ولم يجز حرمان واحد من هؤلاء من استحقاقه إلا فى إحدى حالتين :

إحداهما ـــ قتل الوارث للمورث ، فيحرم من استحقاقه فى الوقف ، إذا كان ذلك القتل يمنع من الميراث .

الثانية ـــ إذا حرم الواقف صاحب الاستحقاق من كل استحقاقه أو بعضه لأسباب قوية تراها المحكمة مسوغة للحرمان ، كعقوق واضح ، أو

تزوج بامرأة أجنبية ثبت أنها أفسدت أخلاقه ودينه .

وقد اعتبر من المبررات المسوغة للحرمان ماإذا اشترطت الزوجة حرمان زوجها من الميراث إن طلقها أو تزوج غيرها وهى فى عصمته .

٣٣ — ولم يحم القانون غير هؤلاء من الورثة ، فلو كان الورثة جميعا ليسوا من هؤلاء جاز أن يقف كل ماله ، وإذا كانوا يرثون مع غيره ، كالأشقاء مع بنت حمى نصيب البنت فى الثلثين ، ولايحمى نصيب الأشقاء ، بل إن هذا القانون حمى ميراث الذرية ، ولو كانت من ذوى الأرحام لا من أصحاب الفروض ولا من العصبات ، ولم يحم الأجداد ولو كانوا عصبات ، فأبو الأب لايحمى نصيبه ، وبنت البنت يحمى نصيبها .

ولعله بهذا سلك مسلك بعض القوانين الأوربية والرومانية التى لاتعترف بميراث إلا للذرية والزوجين ، ولهذا جاء علاج هذا القانون ناقصا ، فإنه لم يحم كل الورثة الذين اختصهم القرآن حتى لايضيعهم الذين يتحكمون فى أموالهم من بعد موتهم ، كالإخوة الأشقاء أو لأب ، والإخوة لأم .

٣٤ — الغاية الثالثة التى اتجه إليها ذلك القانون هى حماية المستحقين من النظار ، وحماية الأعيان الموقوفة من النظار أيضا .

وفى سبيل حماية الأعيان الموقوفة من النظار منع الاستدانة على الوقف إلا بإذن من المحكمة ، فيما عدا مايلزم لإدارة الوقف واستغلاله ، واعتبر الناظر مسئولا عن تقصيره الجسيم نحو أعيان الوقف وغلاته ، سواء أكان يأخذ أجرة نظر أم لايأخذ ، وهو مسئول عن التقصير اليسير إذا كان يأخذ أجرة .

وفى سبيل المحافظة على أعيان الوقف أيضا أوجب أن يحتجز الناظر كل سنة مايعادل ٢,٥ من صافى ريع مبانى الوقف ، ويجوز استغلاله إلى حين صرفه على مارصد له ، وبالنسبة للأراضى الزراعية لايحتجز الناظر من صافى ريعها لإصلاحها أو تجديد مبان أو آلات بها إلا بإذن من المحكمة .

وفى سبيل المحافظة على حقوق المستحقين أوجب على الناظر ألا يعمر أعيان الوقف بمايزيد على خمس صافى الغلات إلا برضا المستحقين أو بإذن من المحكمة ، والمحكمة تقدر ماتراه وتحكم بما يؤدى إليه النظر ، إما باحتجاز كل مايلزم للعمارة ، أو بصرف جزء من الغلة مع الاحتياطى القائم أو الاكتفاء بالاحتياطى .

وفى سبيل المحافظة على حقوق المستحقين قرر القانون ألا يولَّى أجنبى وفى المستحقين من يصلح ، وفى سبيل المحافظة على حقوق المستحقين أجيز قسمة النظر عليهم إذا كانوا معينين وطلبوا ذلك ، وتكون القسمة لازمة إلا إذا كان الواقف حيا ، فإنه يعتبر هو الناظر وغيره وكيل عنه .

وفى سبيل المحافظة على أعيان الوقف وحقوق المستحقين منع اشتراط الشروط العشرة لغير الواقف ، وذلك خاص بالتصرفات التى لم يسوغها القانون بمقتضى أحكامه الجديدة .

٣٥ ـــ وقد اشتمل القانون على أحكام أخرى ليس لها هدف معين ، ولكنه رأى لواضعيه فى ناحية ، أو اختيار رأى على رأى ، وبعضه كان علاجا لداء ، ومن ذلك تقييد الإقرار بالاستحقاق وإبطال الإقرار بالنظر ، فقد صرحت المادة ٢١ منه بأن إقرار الواقف أو غيره بالنسب على نفسه لايتعدى إلى الموقوف عليهم ، متى دلت القرائن على أنه متهم فى هذا الإقرار ، وصرحت المادة ٤٤ بأنه يبطل إقرار الناظر لغيره بالنظر على الوقف منفردا أو مشتركا .

ومن هذه الأمور مسألة نقض القسمة ، وقد كان عمل القانون إجابة لدعوى بعض المستحقين .

وإن ذلك ، وإن كان فيه مصلحة للطبقة التى استحقت ـــ فيه ضرر على التى تليها ، ومن ذلك أيضا الكلام فى وقف المشاع وحكمه ، فقد اختار جوازه إذا كان قابلا للقسمة ، ومنع الجواز إذا لم يكن قابلا .

وفى الجملة إن هذا القانون كان خطوة لها مابعدها ، وقد قررنا أن بعض أحكامه مازال قائما فى مصر ولبنان .

إلغاء الوقف الأهلى

٣٦ — كان قانون سنة ١٩٣٦ م خطوة إلى الأمام ، وهو إن لم تكن كل أحكامه إصلاحية ، قد أزال ماكان لبعض أحكام الوقف من قدسية حتى لقد كان يدعى أن إلغاء الوقف محاربة للسنة كما جاء على لسان الإمام الليث ، وذلك عندما اشتكى قاضى مصر الذى ألغى الاحتباس عملا برأى الإمام أبى حنيفة رضى الله ، فقد أخذ ذلك القانون بجواز الرجوع فى الوقف إذا لم يكن وقف مسجد ولم يكن وقفا على مسجد .

ولقد كان ذلك القانون سهلا لمن يجىء بعده ، فإنه فى الإقليم السورى ألغى الوقف الأهلى ، أو الوقف الذرى كما يسمى هنالك ، وبذلك سبق الإلغاء فيه الإلغاء فى مصر بزمن قصير ، وجاء بعد ذلك إلغاؤه فى القانون المصرى رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ م .

وقد جاء نص هذا القانون مانعا للوقف على غير الخيرات ، ومنهيا الوقف على ماعداها ، وإذا انتهى الوقف الأهلى أو الذرى آلت الملكية فى الأعيان الموقوفة إلى الواقف إذا كان حيا ، أو إلى المستحقين بالفعل إذا لم يكن حيا ، ومنع ذلك فى حال حياته إذا كان الوقف فى نظير عوض مالى أو ضمانا لحق مالى وثبت ذلك ، فإن الرقبة تنتقل إلى من يلى الواقف فى الاستحقاق ، ويكون له هو حق الانتفاع مدى الحياة .

ولقد أعقب ذلك القانون الذى عدل بالقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ م فى بعض الأحكام قانون آخر ، جعل النظارة على الأوقاف الخيرية كلها لوزارة الأوقاف إلا إذا كان الواقف قد اشترط لنفسه النظر ، أو كانت جهة الخير جهة خاصة كمضيفة أو فقراء الأسرة ونحو ذلك ، وقد استثنى من حكم النظارة أوقاف غير المسلمين ، فإنه ليس لوزارة الأوقاف عليها ولاية ، بل تكون النظارة للمحكمة مالم يشترط الواقف النظر لنفسه .

وقد اشتمل ذلك القانون الذى جعل النظارة للوزارة بالنسبة لأوقاف المسلمين وهو القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ م المعدل بالقانون رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٥٣ م — اشتمل ذلك القانون أيضا على أن وزارة الأوقاف لها الحق المطلق بإجازة المحكمة المختصة — فى التغيير فى مصارف الوقف ، مادامت على جهة الخير ، وذلك بالنسبة لأوقاف المسلمين التى لها عليه الولاية .

٣٧ — وأن الباعث على إلغاء الوقف الأهلى فى مصر يتفق مع المنطق الذى قام عليه الإصلاح الاقتصادى والاجتماعى فى مصر ، فإن إزالة الإقطاع ، والحد من الملكية الزراعية كانت تقتضى ذلك حتما ، لأن أراضى زراعية كثيرة كانت موقوفة وقفا أهليا ، وقد ذكرنا أن الوقف كان يبلغ نحو تسعة عشر ألف فدان كل عام ، فكان المنطق يوجب حل الوقف الأهلى ، ليعرف مايملكه كل شخص على وجه التبيين ، وتزول ملكيته فى الزائد عن المقدار المحدد فى نظير سندات يقبضها ، وذلك فوق العيوب التى لاحظناها فى الوقف الأهلى .

وقد ألغيت من قانون سنة ١٩٤٦ م الأحكام التى تتخالف مع قانون إلغاء الوقف الأهلى ، وما انبنى عليه من قوانين أخرى .

ولقد التقى قانون الإقليم المصرى مع قانون الإقليم السورى فى النتيجة ولكن اختلف معه فى أمر آخر جوهرى ، فأما الأمر الشكلى فهو أن القانون السورى قد عرف الوقف الخيرى الذى استمر باقيا ، ليتميز عن الوقف الذى زال ، وأما القانون المصرى فقد ترك الأمر للقضاء ، وهذا فارق شكلى بلا شك ، وأما الفارق الجوهرى فهو أن القانون السورى لم يعتبر وقفا خاليا من خيرات ، بل اعتبر كل وقف ذرى أو أهلى هو فى معناه يشتمل على خيرات ، لأن كل وقف فى الماضى كان ينتهى إلى جهة لاتنقطع ، ولهذه النهاية المقدرة كان كل وقف ذرى انتهى يخصم منه لجهة البر مقدار بنسبة معينة ، والباقى يكون ملكا للمستحقين ، وإن هذه بلا شك نظرة سليمة من جهة الفرض والتقدير .

٣٨ — وإنه بإلغاء الوقف الأهلى فى مصر وسوريا ، وبالحقوق التى اكتسبتها وزارة الأوقاف بالنسبة للأوقاف الخيرية انقطع الوقف بشطريه الأهلى والخيرى ، فالأهلى مقطوع بحكم القانون ، والخيرى قطع لما لوحظ من الانقطاع بين ذرية الواقف والوقف ، والتصرف المطلق لوزارة الأوقاف فى إدارته ، بل إنه لوحظ أن الذين وقفوا ، وكان لهم حق الرجوع رجع كثيرون منهم عن أوقافهم :

ولم يبق من الأوقاف الخيرية إلا وقف المساجد ، ومايوقف عليها ، فإن الناس مازالوا يقبلون على هذا النوع من الوقف الخيرى .

ولاشك أن إحجام الناس عن الوقف الخيرى ، قد يكون سببا فى تجنب عيوب الوقف بشكل عام ، ولكنه من الناحية الاجتماعية لايخلو من ضرر ، ولذلك فكر بعض الناس فى تعديل قانون الإلغاء ، وأساسه أنه يجوز الوقف على النفس مدى الحياة ، وأن يجعل للواقف الحق فى أن يجعل فى وقفه الخيرى النظر لأولاده الصلبيين ، وأنه عند تغيير مصرف الوقف يجب أن يكون التغيير لتحقيق مقصد الواقف مالم يكن خاليا من المصلحة كالوقف الكثير على المقابر ، ولنضرب مثلا للتفسير المقبول أن يقف شخص على طلبة العلم فى المذهب الحنفى ، أو على شيوخ المذهب الحنفى ، فإن الواقف بلا شك يقصد تشجيع دراسة هذا المذهب وإعلاء شأنه ، فإذا كان لابد من تغيير المصرف يكون فى دائرة هذا القصد ، ذلك بأن ينفق من الريع على إخراج مخطوطات ، أو تأليف كتب فيه .. إلخ .

هذا وإنا سنذكر كل القوانين التى ذكرناها فى موضعها إن شاء الله من دراستنا .

فقه الوقف

٣٩ — أجمعُ تعريفٍ لمعانى الوقف عند الذين أجازوه أنه حبس العين ، وتسبيل ثمرتها ، أو حبس عين للتصدق بمنفعتها ، أو كما قال ابن حجر العسقلانى فى فتح البارى : « إنه قطع التصرف فى رقبة العين التى

يدوم الانتفاع بها وصرف المنفعة » فقوام الوقف فى هذه التعريفات المتقاربة حبس العين فلا يتصرف فيها بالبيع والرهن والهبة ولا تنتقل بالميراث ، والمنفعة تصرف لجهات الوقف على مقتضى شروط الواقفين .

ولقد كان من الفقهاء من أنكر شرعية الوقف بهذا المعنى وعده باطلا ، ولايصح إقراره ، إذ كيف يمنع الإنسان من التصرف فى ملكه ، ومن هؤلاء شريح ، وإسماعيل بن اليسع الكندى وأبو حنيفة وزفر ، وحكاه بعض الرواة عن ابن مسعود ، وابن عباس وعطاء بن السائب والشعبى . ولقد قال بعض العلماء إن إنكارهم لشرعية الوقف ، إنما هو منصب على منع الصرف فى الرقبة ، ببيعها ، وهبتها ، وعدم انتقالها بالإرث وغير ذلك ، أما صرف المنفعة إلى الجهة التى عينها ، فيقر عليه الواقف ، ويجب عليه تنفيذه ، ولذلك جاء فى عمدة القارى مانصه : « لاخلاف بينهم فى جواز الوقف فى حق وجوب التصدق بما يحصل من الوقف مادام حيا حتى أنه إذا وقف داره أو أرضه يلزمه التصدق بغلة الدار والأرض ، ويكون ذلك بمنزلة النذر بالغلة ، ولاخلاف أيضا فى جوازه إذا اتصل به قضاء القاضى ، أو أضافه إلى مابعد الموت » .

وهاتان المسألتان فى الحقيقة لاتخرجان عن جواز الوقف ، وإنما تخرجان على قاعدتين أخريين غير الوقف ، أولاهما — قاعدة فقهية مقررة ، وهى أن حكم الحاكم إذا صادف فصلا مجتهدا فيه رفع الخلاف فيما صادفه حسما لمادة النزاع . والثانية أن كل تصرف مضاف إلى مابعد الموت وصية ، وأن الوصية بالمنافع لجهة الخير تجوز ، فالوقف فى الصورة الثانية يخرج على أنه وصية .

وجاء فى البدائع « لاخلاف بين العلماء فى جواز الوقف فى حق وجوب التصدق بالريع مادام الواقف حيا ، حتى أن من وقف داره أو أرضه يلزمه التصدق بغلة الدار والأرض ، ويكون بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة ، ولاخلاف أيضا فى حق زوال ملك الرقبة إذا اتصل به قضاء القاضى ، أو أضافه إلى مابعد الموت ، واختلفوا فى جوازه مزيلا لملك الرقبة إذا لم توجد

بالإضافة إلى مابعد الموت ولااتصل حكم حاكم ، قال أبو حنيفة عليه الرحمة : لايجوز ، حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته . وإذا مات أجيز ميراث لورثته . وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء : يجوز ، حتى لايباع ولايوهب ، ولايورث » (١) .

وجاء في الإسعاف « الصحيح أنه جائز عند الكل ، وإنما الخلاف بينهم في اللزوم وعدمه ، فعند أبي حنيفة رحمه الله ، يجوز جواز الإعارة ، فتصرف منفعته إلى جهة الوقف مع بقاء العين في حكم ملك الواقف ، ولو رجع عنه في حال حياته جاز مع الكراهة ، ونرى من هذه النصوص أن محل النزاع إنما هو في حبس الرقبة عن التصرف ، فأبو حنيفة ومن قال أن الوقف باطل أو غير لازم يمنعون ذلك ، والجمهور من العلماء الذين يرون مشروعية الوقف على المعنى الذى أسلفنا يجيزون ذلك ، ويرتبون عليه آثاره ، وأما المنفعة فإنها تصرف وجوبا في الصدقات ، أو تملك تمليك العارية عند أبي حنيفة ، وعند الجمهور يكون صرف المنفعة واجبا ، لأن العين تعلق بها استحقاق المستحقين والوجوب فيها وجوب قضائي ، لاديني فقط .

وهل صرف الغلة واجب عند أبي حنيفة أو جائز ؟ لقد وجدنا صاحب الاسعاف يقول إنه جائز جواز الإعارة ، وجاء في بعض عبارات كتب الحنفية أنه واجب وجوب النذر ، وقد ذكر ذلك صاحب البدائع ، والحق أنه إذا كان الوقف على جهة بر ابتداء يكون الصرف عليها واجبا وجوب النذر ، بمعنى أنه يجب ديانة ولايجب قضاء ، وإذا كان الوقف ليس على جهة بر ابتداء كالوقف على فلان ، فإنه يكون غير لازم ، ويكون جائزا جواز الإعارة .

٤٠ — إلى هنا قد بينا حقيقة الوقف ، وموضع الخلاف ، والآن نبين أدلة كل فريق من هؤلاء المختلفين وقد استدل الذين مانعوا في لزومه بما يأتي :

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٢١٨ .

(أ) مارواه الطحاوى عن ابن عباس أنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ماأنزلت سورة النساء « ينهى عن الحبس » وأخرج البيهقى عن ابن عباس أيضا أن النبى صلى الله عليه وسلم لما نزلت آية الفرائض قال : « لاحبس عن فرائض الله ». ولاشك أن منع العين من التصرف ، وعدم انتقالها إلى الورثة فيه حبس عن فرائض الله .

(ب) ماروى من أن عمر رضى الله عنه قال فى وقفه الذى ذكره لرسول الله صلى الله عليه وسلم : « لولا أنى ذكرت صدقتى لرسول الله صلى الله عليه وسلم لرددتها » ، فدل هذا على أن الوقف لايمنع الرجوع ، وأن عمر رضى الله ماامتنع عن الرجوع إلا لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم فارقه على أمر فلم يشأ الرجوع فيه وفاء للرسول صلى الله عليه وسلم ، وبرا به ومحبة له .

(ج) أن فى حبس العين عن التصرف مناقضة للمبادىء الفقهية المقررة ، لأن من المقررات الفقهية قاعدتين :

إحداهما — أن الملكية تقتضى حرية التصرف بالبيع والهبة والرهن وتنويع الاستغلال ، فكل عقد يمنع تلك الحرية التى هى لازم للملكية يجب أن يكون باطلا ، لأنه يفصل اللازم عن ملزومه .

الثانية — أن الشىء إذا وقع فى ملك أحد لايخرج عن ملكه إلى غير مالك ، وفى الحبس مناقضة لذلك ، إذا قلنا أنه يخرج عن ملك الواقف إلى غير مالك ، بأن يكون على حكم ملك الله تعالى .

وإن قلنا إنه باق على ملك الواقف كما قال مالك والإمامية ، فإن ذلك يكون مناقضا للقاعدة الأولى ، إذ يكون مالكا ملكا مطلقا ، ولاينتفع بالعين ، ولايملك التصرف فيها ، وإن قلنا إنه ينتقل إلى الموقوف عليهم إذا كانوا معينين وَرَدَ عليه ماوَرَدَ على من يقرر أن الملكية تستمر على ذمة الواقف لأنهم لايملكون إلا المنفعة ، ولا يملكون التصرف فى العين .

ومايقال من أن العين تخرج إلى ملك الله ، كما يخرج كلام أبى

يوسف ومحمد والشافعي — كلام مجازى فى الحقيقة ، وذلك لأن الله سبحانه وتعالى يملك كل شيء، والملكية التى يقررها الفقه والقانون معناها حق التصرف بالبيع والرهن وانتقالها بالميراث ، وهذه معان لايليق أن تسند لله تعالى .

وإذا قيل ان معنى الملكية لله أن يكون مملوكا لبيت المال كان باطلا ، لأن بيت المال لاسلطان له عليها ، فهو لايتصرف فيها كما يتصرف فى الأموال التى يملكها ، وفوق ذلك أن مصارف الأوقاف ليست دائما من قبيل مصارف بيت المال فلا معنى إذن لهذه الملكية .

وبعد مناقشة الوقف وتطبيقه على القواعد الفقهية يتبين أنه مجاف للقياس الفقهي ، فالنصوص تعارضه ، والقياس يجافيه ، فعلى أى أساس فقهى يثبت ؟ .

٤١ — وقد استدل جمهور الفقهاء الذين قرروا نظام الوقف بما يأتى :

(أ) ماروى من وقف عمر رضى الله عنه بأمر النبى صلى الله عليه وسلم وقد أشرنا إليه ، وقد استمسكوا بهذا النص أشد الاستمساك ، وقالوا إنه الأولى بالأخذ ، وأن القواعد الفقهية لاتقف أمام النصوص .

(ب) ماروى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه قال : « إن النبى صلى الله عليه وسلم قدم المدينة ، وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة ، فقال : من يشترى بئر رومة ، فيجعل دلوه مع دلاء المسلمين بخير منها فى الجنة ، فاشتريتها من صلب مالى » ، وفى رواية أخرى أنه قال : « قد خليتها للمسلمين » وليس هذا إلا حبس رقبة العين ومنعها من أن يتصرف فيها ، ولايمكن أن يكون دلوه فيها كدلاء المسلمين إلا إذا كانت المنفعة قد خرجت من سلطانه على الأقل ، إن لم تكن العين كلها قد خرجت .

(ج) ماتضافر من أوقاف الصحابة رضوان الله تبارك وتعالى عنهم ، حتى أن جابرا يقول : « لم يكن أحد من أصحاب رسول الله ذو مقدرة

إلا حبس » ولقد نقل الشوكانى فى نيل الأوطار عن القرطبى أنه قال : « راد الوقف مخالف للإجماع ، فلا يلتفت إليه » وقال الشافعى فى الأم : « لقد حفظنا الصدقات عن عدد كثير من المهاجرين والأنصار » ، ولقد حكى لنا عدد كثير من أولادهم و أهليهم أنهم لم يزالوا يلون صدقاتهم حتى ماتوا ، ينقل ذلك العامة منهم عن الخاصة ، لايختلفون فيه ، وإن أكثر ماعندنا بالمدينة ومكة لكما وصفت ، لم يزل يتصدق بها المسلمون من السلف حتى ماتوا ، وإن نقل الحديث فيها كالتكلف .

وقد روى الخصاف أكثر من عشرين خبرا فى أوقاف الصحابة والتابعين ، وفيها كلها حبس للعين عن التصرف ، وفى كثير منها وقف على الذرية والأقارب ، وإن صحت هذه الآثار فهى حجة على من أنكر الوقف فى أى ناحية من نواحيه [1] .

٤٢ ـــ ويرد الذين أجازوا الوقف أدلة المانعين بأدلة بعضها قوى ، فيه نظر .

فيردون الدليل القياسى ، وهو مخالفة الوقف للقواعد الفقهية ، بأن الأقيسة الفقهية لاتعارض النصوص ، فلا قياس فى موضع النص ، وبأن خروج الشىء إلى غير مالك أمر قد يقره الشرع ، فقد أقر العتق وليس العتق إلا إخراجا لعين مملوكة إلى غير مالك .

ونحن نقرهم فى أن القياس لايعمل فى موضع النص ، ولكن لانقرهم على المقايسة بين الوقف والعتق ، فإن الوقف فيه خروج شىء من شأنه أن يملك وطبيعته أن يكون مملوكا يجرى عليه البيع والشراء والهبة والاتهاب ـــ إلى غير مالك ، أما العتق فإنه فك لغل الرق عن آدمى ليس من شأنه أن يكون مملوكا ، إذ الرق أمر عارض له ، والعتق رافع له يرده إلى أصله ، فلا قياس بينهما .

---

(١) يشك بعض العلماء فى صحة أكثر ما رواه الخصاف ، لأن أكثر رواياته أو كلها ما عدا ثلاثا منها من روايات الواقدى ، وهو من الرواة الذين اختلف فى شأنهم رواة الحديث ، وقليل من قبل روايته ، والأكثرون لم يقبلوها ، وقال فيه البخارى أنه متروك ، وقال فيه أحمد بن حنبل : هو كذاب . وقال ابن معين : ضعيف (راجع خلاصة تذهيب الكمال فى أسماء الرجال ص ٢٩٢)

وردوا خبر إرادة عمر الرجوع عن وقفه بأن ذلك رأى له ، وليس للرأى ولو لصحابى موضع فى مقام النص .

وردوا الاستدلال بخبر « لاحبس عن فرائض الله » بأن فيه ضعفا ، وعلى صحته ليس فيه مايعارض الوقف ، لأن الوقف ليس حبسا عن فرائض الله ، إذ هو تصرف فى العين فى حال الحياة ، كالهبة والصدقة العاجلة ، فإذا كان فى هاتين حبس عن فرائض الله تعالى فالحبس كذلك ، ولكن لاأحد قال إن فيهما حبسا عن فرائض الله .

ولقد قال ابن حزم فى إبطال الدليل : « أما قوله لاحبس عن فرائض الله فقول فاسد ، لأنهم لايختلفون فى جواز الهبة والصدقة فى الحياة والوصية بعد الموت ، وكل هذه مسقطة لفرائض الورثة عما لو لم يكن فيه لورثوه على فرائض الله عز وجل ، فيجب بهذا القول إبطال كل هبة ، وكل صدقة ، وكل وصية لأنها مانعة عن فرائض الله بالمواريث ، فإن قالوا هذه شرائع جاء بها النص ، قلنا والحبس شريعة جاء بها النص ، ولولا ذلك لم يجز ، واحتجوا بما روى عن ابن عباس من أنه لما نزلت سورة النساء ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لاحبس بعد سورة النساء » . وهذا حديث موضوع وابن لهيعة راويه لاخير فيه ، وأخوه مثله . وبيان وضعه أن سورة النساء نزلت أو بعضها (يعنى آية المواريث) بعد أحد ، وحبس الصحابة بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد خيبر ، وبعد سورة النساء ، وهذا أمر متواتر جيلا بعد جيل ، ولو صح هذا الخبر لكان منسوخا باتصال الحبس بعلمه عليه الصلاة والسلام إلى أن مات » .

ونرى أنه أبطل هذا الدليل من ثلاثة وجوه :

أولها — أن إخراج العين من الملك بالوقف فى حال الحياة لايعتبر حبسا عن فرائض الله .

ثانيها — أن خبر « لاحبس بعد سورة النساء » مطعون فى بعض رواته .

ثالثها — أنه على فرض صحته منسوخ بأوقاف الصحابة بإقرار النبى

صلى الله عليه وسلم أو إذنه ، كوقف سيدنا عمر رضى الله عنه ، فإنه كان بعد خيبر ، وآيات المواريث كانت فى السنة الثالثة بعد أحد .

٤٣ — ولنا فى هذا الكلام وفى هذه الأدلة التى يتجاذبها الفريقان نظر ، أساسه أن الوقف فيه حبس عن فرائض الله تعالى أو ليس فيه حبس ، وأن سورة النساء أنهت إجازة الأحباس أو لاصلة للمواريث بالأحباس .

ونقول فى الإجابة عن ذلك إن الواقفين كما نرى من كتب الأوقاف ومصارفها ، وشروطها ينقسمون إلى قسمين :

فريق يقصد بوقفه حرمان بعض ورثته أو كلهم ، وفريق يقصد بالوقف التقرب إلى الله تعالى .

ولا شك أن الفريق الثانى لايتصل خبر ابن لهيعة بوقفه ، لأنه ليس فيه حبس عن فرائض الله تعالى . وأما الفريق الأول فإنه بلا شك قد حبس عن فرائض الله تعالى بوقفه ، وينطبق عليه الحديث ، وقول ابن حزم فى ابن لهيعة وأخيه عيسى أنه لاخير فيهما — فيه نظر ، فإن المحدثين يخالفونه فى هذا ، فقد جاء فى عمدة القارى تعليقا على هذا الحديث : « فى سنده ابن لهيعة وأخوه عيسى ، وهما ضعيفان . قلت : مالابن لهيعة ! ! وقد قال فيه ابن وهب : كان ابن لهيعة صادقا ، وقال فى موضع آخر : وحدثنى الصادق البار « والله » ابن لهيعة ، وقال أبو داود : « سمعت أحمد بن حنبل يقول : ماكان محدث مصر الا ابن لهيعة » وعنه : من مثل ابن لهيعة بمصر فى كثرة حديثه وضبطه وإتقانه ! ! ولهذا حدث عنه أحمد فى مسنده بحديث كثير ، وأما أخوه عيسى فإن ابن حيان ذكره فى الثقات .

وعلى ذلك لامطعن فى الحديث بالنسبة لسنده — على أن الحديث فى الحقيقة قد أتى بقضية مشهورة مقررة ثابتة ، وهى أنه لايمنع وارث عن ميراثه ، ولايرد ذو فرض عن فرضه بالحبس أو غيره .

وأما الحكم بنسخ معنى الحديث فإنا لانرى لذلك موضعا ، لأنه أتى

بقضية غير قابلة للنسخ ، وهى المنع من حرمان وارث من إرثه ، فهل قال أحد أنه يجوز أن يمنع وارث من إرثه ، على أنه لايصار إلى النسخ إلا إذا تعذر التوفيق بين النصين أو الخبرين ، والتوفيق غير متعذر بين النهى عن الحبس عن فرائض الله تعالى ، وإقرار النبى صلى الله عليه وسلم لبعض أوقاف الصحابة أو كلها ، بل إن التوفيق يلوح كما يلوح النجم الثاقب ، وذلك أن النهى عن الحبس منصب على الحال التى يكون فيها محاربة لنظام الميراث ، وإباحته التى وردت على مقتضاها أحباس الصحابة كانت فى الأحوال التى لم تكن فيها محاربة للمواريث ، وذلك هو اللائق بالصحابة ، لأنهم لايمكن أن يقصدوا بأوقافهم حرمان الورثة ومصادمة قسمة الله تعالى العادلة الذى قسم المواريث ، والنبى صلى الله عليه وسلم بين ظهرانيهم يهديهم ويرشدهم ويشرح لهم شرع الله سبحانه وتعالى .

٤٤ — وننتهى من هذا التوفيق إلى حكم نستنبطه ، وهو أن الأوقاف التى يقصد بها إيثار بعض الورثة بالميراث كله أو بعضه ، وحرمان الآخرين ، أو تطفيف حقوقهم أوقاف غير جائزة ولايقرها الشرع ، ولايرعاها بحمايته ولسنابدعا فى هذا الرأى ، فقد حكم به كثيرون من الفقهاء ، وأحسن ماقرأناه فى هذا المقام — ماقاله صاحب الروضة الندية الذى سمى الوقف الذى يقصد به حرمان بعض الورثة وقفا طاغوتيا ، وقد قال رضى الله عنه :

— ومن وقف شيئا مضارة لوارثه كان وقفه باطلا ، لأن ذلك مما لم يأذن به الله سبحانه وتعالى ، بل لم يأذن إلا بما كان صدقة جارية ينتفع بها صاحبها لابما كان إثما جاريا ، وعقابا مستمرا ، وقد نهى الله تعالى عن الضرار فى كتابه العزيز عموما وخصوصا ، ونهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم عموما كحديث : « لاضرر ولاضرار فى الإسلام » وخصوصا كما فى ضرار الجار ، وضرار الوصية ونحوهما ، والحاصل أن الأوقاف التى يراد بها قطع ماأمر الله به أن يوصل ، ومخالفة فرائض الله عز وجل باطلة من أصلها لاتنعقد بحال من الأحوال ، وذلك كمن يقف على ذكور أولادهم دون إناثهم ، وما أشبه ذلك ، فإن هذا لم يرد التقرب إلى الله تعالى ، بل

أراد المخالفة لأحكام الله عز وجل ، والمعاندة لما شرعه لعباده ، وجعل هذا الوقف الطاغوتي ذريعة إلى ذلك القصد الشيطاني ، فليكن هذا منك على ذكر ، فما أكثر وقوعه في هذه الأزمنة ، وهكذا وقف من لايحمله على الوقف إلا محبة بقاء المال في ذريته ، وعدم خروجه عن أملاكهم ، فيقفه على ذريته ، فإن هذا إنما أراد المخالفة لحكم الله عز وجل ، وهو انتقال الملك بالميراث ، وتفويض الوارث في ميراثه ، يتصرف فيه كيف يشاء ، وليس أمر غنى الورثة أو فقرهم إلى هذا الوقف ، بل هو إلى الله عز وجل ، وقد توجد القربة في مثل هذ الوقف الذي يكون على الذرية — نادرا بحسب اختلاف الأشخاص ، فعلى الناظر أن يمعن بالنظر في الأسباب المقتضية ، ومن النادر أن يقف على من يتمسك بالصلاح من ذريته ، أو اشتغل بطلب العلم ، فإن هذا الوقف يكون المقصد فيه خالصا لله ، التوبة متحققة والأعمال بالنيات ، ولكن تفويض الأمر إلى ماحكم الله به عباده وارتضاه لهم أحق وأولى (١) .

٤٥ — ونرى من هذا أن كل وقف يقصد به مضارة الوارث — يجب أن يكون باطلا ، وقد يقال أن الغرض والنية أمور قد انطوت عليها الصدور ، فلا يبنى عليها قضاء ، فنقول إن هذه الأغراض يكشفهامايحيط بالوقف عند إنشائه وماتومىء إليه عبارات الواقف ، والقاضي الحصيف يتبين المقصد بدراسة الأحوال وصيغ الأوقاف ، إذ المضارة أمر معروف له شواهد وبينات ، واقرأ بعض كتاب وقف اطلعنا عليه في سجلات الأوقاف القديمة فيتبين منه أن القصد مضارةالورثة ، فقد جاء فيه : « إن ماكان موجودا أو يوجد للواقف من أقاربه ، عصبة كانوا أو ذوى رحم ، لقرابة بعيدة ، أو قريبة ، ذكورا كانوا أو إناثا فإنه لادخل لهم في هذا الوقف ، لابنظر ولابتحدث ، ولا باستحقاق ولابوظيفة ، ولابأجرة ، ولابقبض ، ولاصرف ، ولابأخذ ، ولاعطاء ، ولابغير ذلك من الوجوه مطلقا ، ولو آل الوقف لأى جهة فانهم ممنوعون مقطوعون عن ذلك ، أبعدهم وأكد منعهم عن ذلك جميعه ، هم وذريتهم ونسلهم وعقبهم ، ومن ينتسب إليهم بأى طريقة منعا

(١) الروضة الندية جـ ص ١٦٠ طبع السلفية .

عموميا أبديا ، اللهم إنى أسألك بعظمة جلالك ، وقوتك ، وجلال عظمتك وبأسمائك كلها أن كل من سعى وأعان على إبطال هذا الشرط أن تنزل به البأس الشديد فى الدنيا والآخرة ، وأن تسربله بالخزى والخسران ، وأن تحشره مع أهل البغى والطغيان ، والأخسرين أعمالا إنه سميع مجيب » (١) .

ومن الواضح فى كل عبارة من عباراته أن مقصده إبعاد ورثته وقرابته جميعا ، ففى نوبة غضب أو تحت تأثير هوى جامح كتب وقفه ، وسجل هذه العبارات القاطعة لما وصل الله سبحانه وتعالى ، وأن نصيبه من غضب الله تعالى بمقدار معاندته للميراث الذى شرعه سبحانه . وأنه ينزل به مايدعو به على قرابته .

وبعد هذه المناقشة للأدلة المختلفة بين الذين أجازوا الوقف بإطلاق ، والذين منعوا لزومه باطلاق نستخلص مغازى هذه الأدلة ، ومراميها — فننتهى إلى حقيقتين مقررتين ثابتتين تتفق فيهما أدلة المختلفين جميعا ، إذا طرحنا الأدلة القياسية من حسابنا ، وهى لاعمل لها فى موضع النصوص ، وهاتان الحقيقتان هما :

(أ) إن الأوقاف التى تقوم على الحبس على الذرية ، أو على من أحب لانجد لها دليلا قويا تعتمد عليه ، سوى النظر إلى المآل ، وهو جهة القربة.وماكانت أوقاف الصحابة كذلك ، وأن هذا النوع من الوقف لاينطبق عليه أنه صدقة جارية ، ولاينطبق عليه قول النبى صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه : « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » ولاتنطبق صيغة وقف عمر إذ أقصى ماأجازه لآل عمر أن يأكلوا منها من غير تأثل ، أى من غير اقتناء ، أى يأخذوا على قدر الحاجة إن افتقروا . وعلى ذلك يكون الوقف الأهلى غير قائم على أدلة من النصوص الدينية الصريحة ، ويكون منعه فى المستقبل غير مخالف لأصل الشرع ، فما قامت به سوريا ثم مصر ، من منع الأوقاف الأهلية فى المستقبل لايعارض أى نص من النصوص

---

(١) كتاب وقف أبى الأنوار السادات بدفتر خانة المحاكم الشرعية — السابقة .

الشرعية ، حديثا نبويا ، أو آية قرآنية ، أو فتوى صحابى .

(ب) أن الوقف الذى لايكون على الذرية قد يقصد المضارة بورثته ، ولو كان موضعه جهة بر دائمة الخير والنفع ، وإن هذه النية تفسد معنى القربة فى وقفه ، لأن الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرىء مانوى ، فمن كانت هجرته لله ورسوله فهجرته لله ورسوله ، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته لما هاجر اليه ، وهؤلاء الذين يقفون على أبواب الخير بقصد حرمان ورثتهم إنما يعاندون أحكام الله ، فلا ثواب لهم فيما يفعلون ، ووقفهم وقف طاغوتى كما عبر صاحب الروضة الندية .

ويلاحظ أن القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ م أخذ برأى أبى حنيفة مادام الواقف على قيد الحياة ، إذ أجاز له الرجوع فى كل مايقفه إلا وقف المسجد وماوقف على المسجد ، وإن أبا حنيفة قد روى عنه لزوم وقف المسجد ، وأن ماوقف على المسجد يلحق به فى اللزوم ليمكن استمراره وبقاؤه بحيث تقام فيه الشعائر الدينية بانتظام .

إنشاء الوقف

٤٦ — إن الوقف عند من يحكم بلزومه التزام تبرع ، من آثاره منع التصرف فى العين الموقوفة بالبيع والهبة والرهن ، وصرف المنفعة فى الجهات التى عينها الواقف ، وعلى مقتضى الشروط التى شرطها ، وهل يشترط لوجود الالتزام وتحققه أن ينشأ وفق إرادتين ، أم ينشأ بإرادة واحدة .

وقبل أن نجيب على هذا السؤال نقول إن الفقهاء يعرفون العقد بتعريفين أحدهما خاص ، والآخر عام ، أما التعريف الخاص فهو توافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول كالبيع والإجارة وغيرهما ، وأما التعريف العام للعقد فهو أنه كل تصرف يترتب عليه التزام ، ولو بإرادة واحدة ، كالوصية والإبراء ونذر صدقة فى زمن مستقبل أو فى الحال .

وإذا نظرنا إلى الواقف ، وأردنا أن نطبق عليه أحد التعريفين نجد أن التعريف العام ينطبق عليه ، لأن الوقف تصرف يترتب عليه التزام ، وأما

التعريف الخاص ، فانطباقه على الوقف محل نظر وتفصيل ، فإن الوقف قد يحتاج إلى قبول ، وربما لايحتاج إليه ، على حسب اختلاف الفقهاء واختلاف الأحوال .

وقد أجمعوا مع اختلافهم على أن الوقف إذا كان فى أولى طبقاته على جهة غير محصورة يكتفي فى إنشائه بالعبارات الدالة على الالتزام من جانب واحد ، ولايحتاج فى لزومه إلى قبول من جانب آخر ، ولم يخالف فى ذلك إلا بعض الشيعة الإمامية .

أما إذا كانت الطبقة الأولى منه معينة محصورة ، فذلك هو موضع الاختلاف ومفترق الآراء ، ولنخض فى هذا الاختلاف بمقدار مايبين الأنظار المختلفة .

وقد اختلف الشافعية فيما بينهم فى لزوم القبول لصحة الوقف إذا كان على معينين ، فقد جاء فى شرح المنهج مانصه : « لايشترط القبول ولو على معين » وهو المنقول عن الأكثرين ، واختاره فى الروضة ، ونقله فى شرح الوسيط على نص الشافعي ، وقال الأذرعى وغيره أنه المذهب . وقيل يشترط القبول من المعين نظرا إلى أنه تمليك وهو مارجحه الأصل » (١) .

وترى من هذا النص أنه يميل إلى أن القبول ليس بشرط لصحة الوقف وإن كان من المقرر فى فقه الشافعية أن الوقف على المعين لايسوغ أن تدخل الغلات فى ملكه جبرا عنه ، بل إنه يرتد بالرد .

ومنشأ الخلاف فى لزوم القبول من الطبقة الأولى عند الشافعية اختلافهم فى صحة الوقف المنقطع الأول ، وهو الوقف الذى لايمكن صرف غلاته للطبقة الأولى ، إما لردهم ، أو لموتهم ، وذلك لأن الموقوف عليه المعين إن رد الوقف ولم يقبله لايمكن صرف الغلة إليه ، فيكون منقطع الأول ، فالذين قالوا إن الوقف المنقطع الأول صحيح — حكموا بصحة الوقف إذا نشأ بإرادة منفردة ، والذين قرروا أن الوقف المنقطع الأول غير

---

(١) شرح المنهج — الجزء الثالث ص ١٨٨ ، ومثله ماجاء فى حاشية البجيرمى .

صحيح اشترطوا القبول لكيلا يكون رد ، فينقطع الوقف ابتداء .

واختلافهم فى صحة ذلك النوع من الوقف مشهور معروف ، فقد جاء في المهذب : « وإن وقف وقفا منقطع الابتداء ، متصل الانتهاء ، بأن وقف على عبد ثم على الفقراء ، أو على رجل غير معين ، ثم على الفقراء ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال يبطل ، لأن الأول باطل ، والثانى فرع لأصل باطل ، فكان باطلا ، والثانى أنه يصح لأنه لما بطل الأول صار كأن لم يكن ، وصار الثانى أصلا »[1] .

وقد رأيت مما نقلناه عن شرح المنهج أنه لم يرجح أحد الرأيين ، وإن كان يميل إلى عدم اشتراط القبول من المعين لتأخره فى الذكر ، ولكن جاء فى حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ترجيح اشتراط القبول فى الوقف على معين ، واعتبار الوقف غير منعقد إن لم يقبل المعين ، فقد جاء بعد نقل الخلاف السابق ، « والمعتمد أن الوقف على معين ، واحدا كان أو أكثر يشترط فيه قبوله وإن كان أهلا ، وإلا فقبول وليه فورا ، عقب الإيجاب أو بلوغ الخبر كالهبة ، لأن دخول عين أو منفعة فى ملكه قهرا بغير الإرث بعيد ، ولايشترط على هذا قبول من بعد البطن الأول ، بل الشرط عدم الرد ، وإن ردوا فمنقطع الوسط فإن رد الأول بطل الوقف ، ولو رجع بعد الرد لم يعد له »[2] . ولايكتفى الشرقاوى بترجيح اشتراط القبول للصحة واللزوم ، بل يصرح بأن طريقة شرح المنهج طريقة ضعيفة لايعتمد عليها ، وأن المذهب مانقله هو .

وعلى ذلك نستطيع أن نقول أن الراجح فى المذهب الشافعى أن قبول الوقف من الطبقة الأولى المعينة شرط اللزوم ، وفى الطبقات التى تلى الأولى الشرط عدم الرد ، ولعل السبب فى اشتراطه فى الأولى وعدم اشتراطه فى التاليات هو أنه بعد القبول فى الأولى قد استقر وثبت ، وأصبح غير قابل للنقض ، فلم يبق للتالية إلا رد الغلة أو أخذها .

---

(١) المهذب جـ ١ ص ٤٤٨ .

(٢) حاشية الشرقاوى جـ٢ ص ١٩٢ .

٤٧ — ومذهب أحمد أن القبول ليس بشرط للصحة ولاشرط للزوم ، وإنما الخلاف فى أنه شرط للاستحقاق ، أم أن الاستحقاق لايحتاج إلى قبول ، وقد جاء فى المغنى مانصه : « إن كان على آدمى معين ، ففى اشتراط القبول وجهان :

أحدهما — اشتراطه لأنه تبرع لآدمى معين ، فكان من شرطه القبول كالهبة والوصية ، ويحققه أن الوصية إن كانت لآدمى معين توقفت على قبوله ، وإن كانت لغير آدمى معين ، أو لمسجد ، أو نحوه لم تفتقر إلى قبوله ، كذا هنا .

والوجه الثاني لايشترط القبول ، لأنه أحد نوعى الوقف ، فلم يشترط القبول كالنوع الآخر ، لأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث ، فلم يعتبر فيه القبول كالعتق ، وبهذا فارق الهبة والوصية ، والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لايختص بالمعيَّن ، بل يتعلق به حق من يأتى بعده من البطون فى المستقبل ، فيكون الوقف على جميعهم ، إلا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذى لايبطل برد واحد منهم ، ولايتوقف على قبوله ، والوصية للمعين بخلافه ... فإذا قلنا لايفتقر إلى القبول لم يبطل برده ، وكان رده وقبوله وعدمهما واحدا كالعتق ، وإن قلنا يفتقر إلى القبول فرد من وقف عليه يبطل فى حقه ، وصار كالوقف المنقطع الابتداء[1] .

ويتبين من هذا أن الرد لايترتب عليه بطلان صيغة الوقف أى الإيجاب واعتباره كأن لم يكن ، إنما يترتب على الرد عدم استحقاق من رد واعتبار الوقف منقطع الابتداء عند من يقول أن القبول شرط ، بمعنى أن المستحق لو عاد وقبل بعد الرد لايلتفت إلى قبوله ، إذ قد بطل الاستحقاق بالنسبة له ، وعند من يقول أن قبول المستحق ليس بشرط لايبطل رده الاستحقاق بالنسبة له ، فلو عاد بعد ذلك وقبل أن يعود الاستحقاق عاد إليه .

وعبارات أكثر كتب المذهب الحنبلى ترجح عدم اشتراط القبول ،

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ٦ ٨٨ .

فقد جاء فى كشف القناع بعد ذكر الوقف على المساكين وعدم اشتراط القبول فيه إجماعا مانصه : « وكذا لو كان الوقف على آدمى معين كزيد لايفتقر إلى قوله » وجاء فى منتهى الإرادات : « ولايشترطان فيما وقف على شخص معين قبوله للوقف ، لأنه إزالة ملك ، يمنع البيع والهبة والميراث ، فأشبه العتق ، والفرق بين الوقف وبين الهبة والوصية أنه لايختص بالمعيَّن ، بل يتعلق به حق من يأتى بعده من البطون ، فالوقف على حسبهم »(١) .

وهنا نلاحظ على عبارات الكتب فى المذهب الحنبلى أنها عند تحرير المراد والاستدلال له تأتى بالمقدمة أوسع من النتيجة ، فإنها تقيم الدليل على اشتراط القبول بتمثيله بالهبة والوصية ، وهذه تبطل إن لم يكن قبول من الموهوب ، والموصى له ، وإن كان قبول الموصى له لايكون إلا بعد وفاة الموصى ، وهذا الدليل يوهم أن يكون عدم القبول لايتجاوز بطلان الاستحقاق بالنسبة لمن رد ، ولايستطيع أن يقبل بعد ذلك فيعود حقه .

وإن الذين لايشترطون القبول وهم الأكثرون يقولون إن الاستحقاق لايبطل بالرد ، فيجوز أن يقبل بعد الرد ، وكأن الرد لايؤثر إلا فى الغلة التى رد فيها ، ولايتوَهمن أحد بعد هذا أن الغلات تدخل فى ملك المستحق جبرا عنه ، إنما الاستحقاق وحده هو الذى يتقرر بالإرادة المفردة ، ولايزول الاستحقاق برده إنما لاتدخل فى ملكه الغلة التى ردها .

٤٨ ــ ومذهب مالك أن القبول ليس شرطا لإنشاء الوقف ولالزومه ، وليس شرطا لاستحقاق الموقوف عليه إذا كان غير آدمى معين ، أما إذا كان آدميا معينا ، فإن القبول شرط الاستحقاق ، فإن كان أهلا للقبول قبل بنفسه، وإن لم يكن أهلا له قبل عنه وليه ، فان لم يقبل هو أو وليه انتقل الوقف لمن يليه إن ذكر جهة تالية ، ويعود للواقف إن شرط أن يعود إليه بعد موت الموقوف عليه المعين ، لأن مالكا لايشترط التأبيد فى الوقف ، بل يجيزه مؤقتا كما جاز مؤبدا وكلاهما بالشرط .

---

(١) شرح المنتهى جـ ٢ ص ٤٩١ .

وإن ذكر الواقف الوقف مطلقا ، كأن يقول وقفت على أولاد فلان ويسكت ، فقد اختلف فى ذلك عند المالكية إذا رفضوا فقيل يعود للواقف إن كان حيا ، ولوارثه بعد موته ، وقيل يعود للفقراء(١) .

ويظهر أن السبب فى عودته للواقف أو لوارثه عند من يقول ذلك هو أن الوقف لم يذكر إلا جهة معينة فيعتبر على هذا القول الوقف مؤقتا بوجودها ، فإن لم يوجد القبول عاد إلى ربه أو لوارثه ، فليست العلة إذن هى اشتراط القبول .

والذين قالوا إنه يذهب إلى الفقراء قالوا إنه لايذهب إليهم إلا باجتهاد الحاكم ، لأنه وقف لاتعلم له جهة ، والحاكم هو الذى يعين جهات البر وأولاها بالبر ، إذا كان الواقف قد أبهم ولم يذكر جهات البر .

والأساس فى هذا الرأى أن كلمة وقف أو تصدق تدل على الصرف لجهات البر ، وتعيين جهة لايدل على التوقيت فى الوقف كما ذهب الذين قرروا القول الأول ، ولذلك لايعود إلى الواقف إن لم يقبل المعين ، ولايؤخذ من هذا كله أن القبول ليس بركن فى إنشاء عقد الوقف ، ولابشرط لإنشائه ، ولكن التفريع المالكى الذى يجيز أن يكون الوقف مؤقتا يجعل القبول فى بعض الصور شرطا للوجود ، وذلك إذا كان الوقف لمعين ووقّت الوقف بوجوده ، فإنه فى هذا الحال إذا لم يقبل يصبح الوقف غير موجود . وهذا ناشىء من اشتراط التوقيت ، وليس بناشىء من أن القبول فى ذاته شرط للإنشاء أو ركن من أركان العقد .

٤٩ — والمذهب الإمامى فيه الأقوال الثلاثة السابقة ، وهى إشتراط القبول بالنسبة للموقوف المعيَّن لصحة إنشاء الوقف كما هو الراجح فى المذهب الشافعى ، وذلك فى الطبقة الأولى ، وعدم اشتراط القبول للإنشاء ولا لأصل الاستحقاق كما هو المذهب الحنبلى ، بل هو شرط فقط لأخذ غلة من الغلات ، واشتراط القبول لأصل الاستحقاق كما هو فى مذهب مالك رضى الله عنه .

---

(١) راجع الشرح الصغير وحاشيته جـ ٢ ص ٢٦٠ — ٢٦٥.

وهذه الأقوال الثلاثة منسوبة لأئمتهم : محمد الباقر ، وجعفر الصادق ، بروايات مختلفة ، فمنهم من قال : القبول ليس بشرط مطلقا، كالحنابلة ، ومنهم من قال : القبول شرط لصحة الوقف ، كأكثر الشافعية ، ومنهم من قال إن القبول شرط للاستحقاق .

وهذا بالنسبة للمستحق المعيَّن ، أما بالنسبة لغير الآدمين أو غير المحصورين كالفقراء ، فإنهم لم يجمعوا فيها على عدم اشتراط القبول لا للإنشاء ولا للاستحقاق كما أجمع جمهور أهل السنة ، بل إنهم اختلفوا فى ذلك فمنهم من قال إن القبول شرط لصحة الوقف ، ولو كان على جهة عامة كالفقراء ، ويتولى القبول الناظر المنصوص عليه فى كتاب الوقف على حسب شروط الواقف ، أو الحاكم إن لم يذكر ناظر ، ومنهم من قال إن القبول ليس بشرط إن كان على مصالح عامة ، أو على جهات عامة .

وفى الأقوال التى تشترط القبول ، لايكون القبول إلا من الطبقة الأولى ، أما الطبقات التى تليها فلا يشترط القبول منها ، إن تم القبول من الأولى .

هذه خلاصة النظر فى القبول عند الإمامية [1] ، وهو متقارب مما نقل عن الأئمة الثلاثة ، ولايزيد عليه إلا اعتبار القبول شرطا للإنشاء فى

---

(١) راجع : كفاية الأحكام فى فقه الإمامية ، طبع حجر بفارس . والإمامية هما هم الإمامية الاثنا عشرية ، والإمامية هم الذين قالوا أن النبى ﷺ نص على الإمام بالاسم قبل وفاته . وكل إمام نص على من يليه ، لأنه لايجوز أن يفارق ويترك الناس هملا ، بل يجب أن يعين شخصا هو المرجوع إليه والمعول عليه ، وكل إمام ينص على الذى يليه ، وأول إمام منصوص عليه هو الإمام علي رضى الله عنه ، ويستدلون على تعيين علي بالذات بآثار عن النبى ﷺ إدعوا صدقها . من مثل قول النبى ﷺ : « من كنت مولاه فعلي مولاه ، اللهم والِ من ولاه وعادِ من عاداه » . وقد اتفق الإمامية على إمامة الحسن بن علي بعد أبيه ، ثم الحسين من بعده ، واختلفوا فى سوق الإمامية بعد ذلك ، ولم يستقروا على رأى واحد ، بل انقسموا فرقا عدها بعضهم نيفا وسبعين فرقة ، وأعظمهما فرقتان : الاثنا عشرية ، والإسماعيلية ، والاثنا عشرية الذين نقلنا أقوالهم فى قبول الوقف يرون أن الخلافة بعد الحسين لعلي زين العابدين بن الحسين ، ثم لابنه محمد الباقر ، ثم لعلي الصادق بن الباقر ، ثم لابنه موسى الكاظم ، ثم لعلي الرضا ، ثم لمحمد الجواد ، ثم لعلي الهادى ، ثم الحسن العسكرى ، ثم لمحمد لابنه ، وهو الثانى عشر ، وهم يعتقدون أنه إلى الآن حى ، وقد دخل سردابا فى دار أبيه بسر من رأى ولم يعد ، ومن الشيعة الاثنا عشرية أكثر أهل إيران ، وشيعة العراق .

الوقف على غير المحصورين ، ولم يقل أحد بذلك من الأئمة الأربعة .

٥٠ ــ ومذهب الحنفية أن القبول الصريح ليس بشرط لإنشاء الوقف ، ولا للاستحقاق فيه ، سواء أكان الموقوف عليه محصورا ، أم كان غير محصور ، بل الشرط هو عدم الرد ، وقد جاء فى الإسعاف مانصه : « قبول الموقوف عليه ليس بشرط إن وقع لأقوام غير معينين ، كالفقراء والمساكين ، وإن وقع لشخص بعينه وجعل آخره للفقراء يشترط قبوله ، فإن قبله كانت الغلة له ، وإن رده تكون للفقراء ، ويصير كأنه مات » والسكوت من غير رد أو قبول صريح يكتفى به فى استحقاق المستحق المعين ، وإذا قبل المستحق المعين فليس له أن يرد بعد ذلك ، لأن فى ذلك نقضا لما تم من جهته ، ومن سعى فى نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه ، ولأنه بقبوله اندرج فى ضمن المستحقين ، ونظم توزيع الغلات على أساس قبوله ، وليس معنى ذلك أنه لايصح أن ينزل عن غلات سنة مثلا لأحد ، فإنها بمقتضى الاستحقاق تكون ملكا له ، ويصح أن يهبها بعد اسحقاقها لمن يشاء ، سواء أكان الذى يهبها له من أهل الاستحقاق أم لم يكن .

وإذا رد المستحق الاستحقاق قبل أن يصدر قبول يبطل استحقاقه ، وليس له أن يقبل بعد ذلك ، وذلك أحد الرأيين فى مذهب أحمد ، وذلك لأنه برده الاستحقاق سقط حقه ، والساقط لايعود ، ولأن الرد جعل لغيره ممن يليه أو لجهة البر حقا فى الوقف ، وليس له أن ينقضه ، فرده على هذا قد ترتب عليه حق لازم لغيره ، فلا يصح أن يعتدى عليه بالرجوع فيه ، وكل مستحق يرد الاستحقاق فى أى طبقة من طبقات الوقف فهو مأخوذ بقوله ، وإذا قبل بعض الاستحقاق ورد بعضه مضى توزيع الغلات على مقتضى ذلك ، وليس له أن يعود فيما قبل أو يطلب مارد .

ونرى من هذا أن الوقف فى مذهب الحنفية يتم بعبارة واحدة ، وهو كذلك عند كثيرين من الفقهاء منهم المالكية وأكثر الحنابلة ، ولو كان الموقوف عليه معينا ، وإن كان على غير معين لايحتاج إلى قبول باتفاق فقهاء أهل السنة ، وعلى قول عند الشيعة يحتاج إلى قبول .

القبض :

٥١ — لايحتاج الوقف لتمامه إلى القبض عند أبي يوسف والشافعى وأحمد بن حنبل فى بعض الأقوال ، فقد روى فى مذهب أحمد قولان فى اشتراط القبض : قول يقرر اشتراطه ، وقول يحكم بتمامه من غير اشتراط القبض ، فقد جاء فى المغنى مانصه : « إن الظاهر أنه يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به ، لأن الوقف يحصل به ، وعن أحمد رواية أخرى : لايلزم إلا بالقبض ، وإخراج الواقف له عن يده ، وقال : الوقف معروف أنه يخرجه من يده إلى غيره ، ويوكل فيه من يقوم به ، واختاره ابن أبى موسى ، وهو قول محمد بن الحسن ، لأنه تبرع بمال لم يخرجه عن المالية ، فلم يلزم بمجرده كالهبة » [1] .

وقال محمد بن الحسن ، وعبد الرحمن بن أبى ليلى ، ومالك ، والإمامية ، أنه لابد من القبض ، ولايتم الوقف ويلزم إلا به ، وللشيعة الإمامية ومالك تفصيل فى هذا الباب ، ينبغى ذكره إجمالا .

فالشيعة الإمامية يرون القبض شرطا لصحة الانتقال ، فقبله يكون الوقف صحيحا ، ولكن لاتترتب عليه آثاره ، فليس بمزيل لملكية الواقف ، ولايثبت للموقوف عليهم حقا فى الغلات ، ويجوز للواقف الفسخ ، وإذا مات بطل الوقف وآلت العين الموقوفة للورثة بالميراث ، وإذا وجدت فترة بين القبض والإنشاء ، وحدثت فيها غلات كانت للواقف ، لأن انتقال الحق إليهم فى الغلات لايتم إلا بالقبض ، ولذا عبر بعضهم عن القبض « بأنه شرط لزوم » [2] .

وموت الطبقة الأولى من الموقوف عليهم يجعل القبض يبطل الوقف كموت الواقف ، ولذلك إذا قال الرجل وقفت على أولادى ، ومن بعدهم على الفقراء وكانوا بالغين ذوى رشد ، ولم يقبضوا حتى ماتوا بطل الوقف ،

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ١٩٠ .

(٢) كفاية الأحكام فى فقه الإمامية .

وذلك مبنى على اشتراط وجود الطبقة الأولى من الموقوف عليهم ، إذ الوقف منقطع الأول باطل عندهم ، كما هو باطل على بعض أقوال الشافعية ، كما حكى الشيرازى فى المهذب ونقلناه آنفا ، فإذا ماتت الطبقة الأولى قبل الوقف كان منقطع الابتداء فتلغى العبارة .

والقبض المعتبر فى نظر الإمامية هو قبض ناظر الوقف إذا كان الوقف على جهة عامة ، أو على غير محصورين ، فإن كان على غير محصورين ، وللوقف متولٍ عينه الواقف كان القبض هو قبض ذلك المتولى ، وإذا لم يعين الواقف ناظرا اعتبر قبض الموقوف عليهم إذا كانوا معينين ، بل إن بعض الإمامية قال إذا كان الموقوف عليه معينا لايعتبر إلا قبضه ، ولو كان للوقف ناظر ، لأنه هو الذى تنتقل الغلات إليه بحكم الاستحقاق فى الوقف .

ولايلزم القبض إذا كان الموقوف عليهم المعينون أولاد الواقف ، صغارا فى ولايته ، فإن الوقف يلزم من غير حاجة إلى قبض وتسليم ، لأن الواقف هو الذى يلى أمورهم ماداموا فى ولايته ، فيده يدهم ، وهو نائب عنهم (١) .

٥٢ — ومالك رضى الله عنه لايكتفى بمطلق قبض من المتولى ، وقبض المتولى عنده هو المعتبر ، بل يشترط مع قبض المتولى الحيازة سنة ، فإن لم يجز الوقف وحدث مانع موت أو استغراق دين قبل انتهاء السنة ، أو مرض متصل بالموت بطل الوقف إذا لم يجزه الغرماء فى حال استغراق التركة بالدين أو الورثة فى حال مرض الموت ، وتكون الإجازة المعتبرة منهم بعد الوفاة ، وإذا حازه المتولى ثم عاد إلى الواقف قبل عام ، وكان من الأشياء ذوات الغلة ، كالدار والحمام والحانوت والأراضى الزراعية كان حكمه حكم مالم يجز من حيث إنه إذا حصل مانع من الموانع السابقة بطل مالم يجزه الغرماء أو الورثة ، أما إذا كان من الأشياء التى لاغلة لها كالكتب والسلاح ، فلا يبطل بوجود المانع من استغراق دين أو اتصال مرض الموت ،

---

(١) الكتاب المذكور .

وقيل إن حكم الأشياء المغلة وغير المغلة سواء فى البطلان بوجود المانع ، إن عادت قبل أن يحول الحول .

وإذا لم يعد الموقوف إلى الواقف إلا بعد تمام الحول فلا يبطل الوقف بحال من الأحوال ، ولو كان الموقوف عليه محجورا ويتولى الواقف أمره ، وقيل أنه إذا كان الموقوف عليه محجورا ويتولى الواقف أمره ، وعاد الموقوف إلى الواقف بطل الوقف إذا حدث مانع من استغراق دين ، أو اتصال مرض ، وذلك إذا كانت العودة ليست بعقد إجارة مشهد عليها ، أما إذا عاد بإجارة مشهد عليها ، فإن الوقف لايبطل ، ولو حدث استغراق الدين ، أو مرض الموت .وأساس التفرقة أن يد المستأجر ليست يدا أصيلة ، بل نائبة عن المؤجر ، فلا تعد الحيازة قد عادت إلى الواقف ، بل هى باقية فى يد المتولى حكما .

والحيازة المطلوبة عند المالكية قد تكون حسية ، وقد تكون حكمية، فالحيازة الحسية ماكان التسليم فيها فعليا ، بأن يمكن الواقف المتولى من العين الموقوفة بكل وسائل التمكين ، ويستولى عليها بحيث تكون تحت سلطانه بحكم الوقف . والحيازة الحكمية تكون إذا كان الموقوف عليه محجورا تحت ولاية الواقف فإن الحيازة فى هذا الحال تتحقق (١) بإشهاد الولى على الوقف على محجوره (٢) وصرف الغلة كلها أو بعضها على مصالحه (٣) وألا تكون العين الموقوفة مشغولة بسكنى الواقف ، فإن كانت مشغولة كلها بسكنى الواقف لم تصح الحيازة ، وكذا إذا كانت مشغولة بأكثرها ، أما شغل أقلها فلا يبطل الحيازة ، وإذا شغل النصف بطلت الحيازة فى النصف ، وصحت فى النصف الآخر .

٥٣ ــ هذه هى آراء العلماء فى اشتراط القبض وعدم اشتراطه ، مجملة ومفصلة ، وبقى علينا أن نبين دليل المشترطين للقبض ، ودليل الذين لايشترطون ليستبين الأمر وتنجلى الآراء .

استدل الذين اشترطوا القبض لتمام الوقف :

(أ) بأن الوقف كالهبة والصدقة لأن فيه إزالة الملك على وجه التبرع

وهما لايتمان إلا بالقبض فهو بالأولى لايتم إلا بالقبض لأن مشروعية الوقف موضع نزاع وخلاف ، والعلة هى إزالة الملك على وجه التبرع محققة فى الطرفين . ويقول شمس الأئمة السرخسى فى بيان السبب فى كون التبرعات لاتتم إلا بالقبض : إنه لو لزم التبرع فيماتبرع به ، فينبغى أن يكون متبرعا فى إزالة يده كما أزال ملكه ، وذلك بألا تتم الصدقة بالتسليم .

(ب) يستدل المشترطون للقبض أيضا بحديث عمر رضى الله عنه ، فإنه جعل وقفه في يد ابنته حفصة رضى الله عنها ، وإنما فعل ذلك ليتم الوقف .

واستدل الذين لم يشترطوا القبض بأن الوقف يشبه الإعتاق لأن كلا منهما فيه إزالة الملك إلى غير مالك من العباد ، ولأن كليهما من آثار منع التصرف بالبيع والهبة والوصية وغير ذلك ، وإذا كان الإعتاق يلزم بوجود العبارات الدالة عليه ، كذلك شبيهه وهو الوقف يثبت ويلزم بوجود العبارات الدالة عليه ، ويردون أدلة من يحكمون بلزوم القبض ليتم الوقف بأنه لايصح أن يقاس الوقف على الصدقة المنفذة والهبة ، لأن الهبة والصدقة المنفذة فيهما تمليك العين للمتصدق عليه والموهوب له ، والوقف ليس كذلك عند الأكثرين ، ثم إذا اشترطنا القبض فمن الذى يتولاه ؟ أليس هو المتولى المختار من قبل الواقف المسلط من جانبه ، فيده يد الواقف لايد الموقوف عليه ، وإذا كان كذلك فقبضه صورى لامعنى له ولاعبرة به . ويقولون فى تسليم عمر وقفه لابنته حفصة : إنه فعل ذلك لكثرة أعماله ، ولأنه خاف التقصير ، وليكون فى يدها بعد موته . أما أنه فعل ذلك لإتمام الوقف ، فليس فى الخبر مايدل عليه ولامايرجحه ، وهب عمر فعل ذلك لأنه يرى أن القبض شرط للتمام فليس فى ذلك حجة لأنه رأى الصحابى ، ورأى الصحابة ليس بحجة فيما للرأى فيه مجال ، إذا كان من الصحابة من يخالفه .

٥٤ ــ وإذا صدر الوقف مستوفيا لكل الشروط التى يشترطها الفقهاء على اختلافهم وتباين أفكارهم ، وتباعد مطارح أنظارهم ، فهل يعتبر بذلك قد صدر قانونا ؟ جرت عبارات رجال القانون من القديم بأن الوقف لايعتبر

قد أنشىء قانونا إلا إذا تم بإشهاد على يد حاكم شرعى أو مأذون من قبله ، وإنا نضع بين يدى القارىء القوانين التى تتعلق بإنشاء الأوقاف ودعاويها . من سنة ١٨٨٠ م إلى سنة ١٩٤٨ م ، ومن الموازنة بينها يتبين جليا مانراه غرضا للشارع :

جاء فى لائحة سنة ١٨٨٠ م أن دعاوى الوقف والاستحقاق فيه تسمع بالبينات والحجج التى تسمع بها كل الدعاوى ، غير أنه إذا لم تكن له بينات رجع فيه القاضى إلى سجل القضاة السابقين إن كان مقيدا بسجلهم ، وهذا نص المادة ١٥ : إذا حصل تنازع فى استحقاق وقف بين مستحقيه ، وكان أصل الوقف ثابتا لانزاع فيه بينهم ، ولم تثبت الدعوى بالبينة الشرعية لتقادم الوقف وموت شهوده ، وكان لهذا الوقف كتاب مسجل بالسجل المحفوظ الخالى عن الشبهة فى محل النزاع ، أو كانت شروط الوقف وكيفية استحقاق مستحقيه مقيدة بالسجل المذكور ، فإنه يرجع فى كيفية قسمة الاستحقاق والعمل بشروط الوقف لمّا هو مدون بكتابه المطابق لسجله المحفوظ ، أو لما فى السجل المحفوظ عند ضياع الكتاب المرقوم ، فإن فُقِدَ يجرى العمل فيما ذكر بما كان عليه القوام السابقون ، وبما كانت العادة مستمرة به فى أعمالهم .

وجاء فى المادة السادسة عشرة : « إذا كانت لوقفٍ حجةٌ شرعية بتغيير مثلا على طبق شرط الواقف حسبما يقتضيه الحكم الشرعى ، وكانت تلك الحجة مسجلة بالسجل المحفوظ مطابقة له ، لاشبهة لما فى سجلها فى محل النزاع وجحد بعض المتنازعين ذلك مع التصادق على الشروط بمنع القضاة من سماع دعوى هذا الجاحد ويبقى العمل على مافى حجة التغيير فى السجل المذكور على الوجه المسطور » .

وترى من هذا أن كل القوة التى أعطيت للحجج المسجلة أنها تغنى عن البينات عند العجز عنها ، وأنها تمنع سماع الدعاوى المناقضة لها كما جاء فى المادة ١٦ .

وكما حلت محل اللائحة لائحة سنة ١٨٩٧ م جاء فيهامنع سماع

دعوى الوقف والإقرار به وشروطه مالم يكن صادرا بإشهاد على يد حاكم شرعى. فقد جاء فى المادة المتممة للثلاثين منها : « يمنع سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو استبداله ، أو الإدخال ، أو الإخراج ، أو غير ذلك من باقى الشروط العشرة إلا إذا صدر إشهاد بذلك ممن يملكه على يد حاكم شرعى ، أو مأذون من قبله وكان مقيدا بدفاتر إحدى المحاكم الشرعية ، وكذا الحال فى دعوى شرط لم يكن مدونا بكتاب الوقف المسجل ودعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم بمقتضى كتاب الوقف المذكور » .

وترى من هذا أن تلك اللائحة سالبة بالنسبة للائحة السابقة سلبا مطلقا ، فاللائحة السابقة كانت تجيز سماع البينات غير الرسمية إلا فى أحوال خاصة ، أما تلك فلا تجيز سماع دعاوى الأوقاف وشروط الواقفين إلا إذا كانت ثابتة بإشهاد على يد حاكم شرعى أو مأذون من قبله ، وكان مقيدا بدفاتر إحدى المحاكم الشرعية . وكذلك الحال فى دعوى شرط لم يكن مدونا بكتاب الوقف المسجل ، وفى دعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ماذكر .

ومن الموازنة بينها وبين لائحة سنة ١٨٩٧ م نجد أن هذه تمنع سماع الدعوى مطلقا عند الإقرار وعند الإنكار إلا إذا كان الوقف بإشهاد ، ولذا استنبطنا منها أن القانون لايعترف بالوقف إلا إذا صدر إشهاد شرعى ، أما لائحة سنة ١٩١٠ م فإنها لاتمنع سماع دعاوى الأوقاف مطلقا بل عند الإنكار فقط ، ولما عدلت فى سنة ١٩٢٠ م هذه المادة لم تغير تلك الجزئية فيها ، بل استمرت كما هى حتى بعد أن حلت لائحة سنة ١٩٣١ م محل لائحة سنة ١٩١٠ م فتقييد منع سماع الدعاوى بحال الإنكار فقط ثابت فى كل هذه التعديلات ، ولذلك نستطيع أن نقول أن هذا القانون يعترف بوجود الوقف ولو صدر من غير إشهاره بدليل سماع دعواه عند الإقرار ، إذ المنع مقيد بحال الإنكار كما رأيت .

ولو وازنا بين المادة ١٢٧ من لائحة سنة ١٩٣١ م ، والمادة ٩٩

فيها المشتملة على منع سماع دعوى الزوجية لصغر السن والتى جاءت فيها تلك الفقرة : « إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة ، لابأمر منا » ولو وازنا بين تلك المادة وهذه الفقرة لتبين لنا أن القانون لايعترف بالزوجية التى تصدر دون هذه السن ، ولذا منع المأذون من إثباتها ، بينما يعترف بوجود الوقف ، ولو نشأ من غير إشهاد وإلا لم يكن فرق بين التعبيرين ، وكانت الألفاظ فى القوانين لاتؤدى مدلولاتها ، وذلك غير معقول .

٥٥ — ولهذا المعنى جاء القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ م ، فعالج هذه الحال فاشترط فى المادة الأولى لإنشاء الوقف صحيحا وجود الإشهاد بذلك ، وهذا نص المادة الأولى منه : « من وقت العمل بهذا القانون لايصح الوقف ولاالرجوع فيه ، ولا التغيير فى مصارفه وشروطه والاستبدال به من الواقف إلا إذا صدر بذلك إشهاد ممن يملكه لدى إحدى المحاكم الشرعية بالمملكة المصرية على الوجه المبين بالمادتين الثانية والثالثة وضبط بدفتر المحكمة » .

وترى من هذه المادة أنها تلافت ماكان من عيوب سابقة ، وقد كان ذلك متفقا مع مقاصد هذا القانون ، وماأشتمل عليه ، لأنه قيد حرية الواقفين فى مواضع كثيرة ، فكان من مقتضى التنسيق أن تكون رقابة من القضاء عند إنشاء الوقف ، وذلك لايكون إلا باشتراط إشهاد وضبطه لصحة الوقف ، ولذلك أعطى القضاء سلطة المنع من التوثيق ، كما جاء فى المادة الثانية ، وهذا نصها : « إذا تبين للموثق وجود مايمنع سماع الإشهاد رفع الأمر لرئيس المحكمة ليفصل فيه أو يحيله على أحد القضاة » ، وقد نصت المادة الرابعة على منع المحكمة من توثيق مايخالف أحكام القانون فقد جاء فيها :

« ويرفض سماع الإشهاد إذا اشتمل على تصرف ممنوع أو باطل بمقتضى أحكام هذا القانون أو الأحكام الأخرى التى تطبقها المحاكم ، أو إذا ظهر أن المشهد فاقد الأهلية ، وقرار هيئة التصرفات الصادر لسماع

الإشهاد أو رفض الإشهاد الذى تختص بسماعه ، يكون من التصرفات التى يجوز استئنافها » .

وبصدور ذلك القانون صار الوقف لايوجد بحكم القانون إلا بالإشهاد ، وقد اعتمد واضعو القانون على عبارات فى بعض كتب المالكية تشترط الإشهاد .

تأبيد الوقف

٥٦ — كثرة الفقهاء على أن التأبيد شرط فى صحة الوقف ، وعلى هذا سارت كتبهم ، وبهذا أثرت عبارات عن الأئمة . فالشافعى يشترط التأبيد المطلق من غير تقيد بزمن . وقد جاء فى المهذب : «ولا يجوز إلى مدة لأنه إخراج مال على وجه القربة ، فلم يجز إلى مدة كالعتق والصدقة ، ولذا لايصح أن يذكر الواقف جهة تنقطع ، وإذا ذكر جهة تنقطع ففيها قولان :

أحدهما — أن الوقف باطل ، لأن القصد بالوقف أن يتصل بالثواب على الدوام ، وهذا لايوجد فى هذا الوقف .

الثانى — أنه يصح ويصرف بعد انقراض الموقوف عليه إلى أقرب الناس إلى الواقف ، لأن مقتضى الوقف الثواب على التأبيد فحمل فيما سماه على شرطه وفيما سكت عنه على مقتضاه ، ويصير كأنه وُقِفَ مؤبدا ، ويقدم المسمى على غيره ، فإذا انقرض المسمى صُرِفَ إلى أقرب الناس إلى الواقف لأنه من أعظم جهات الثواب » .

والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « لاصدقة وذو رحم محتاج »[1] .

وابن حنبل يشترط التأبيد المطلق ، ولذا جاء فى المغنى : وإن شرط أن يبيعه متى شاء ، أو يهبه ، أو يرجع فيه — لم يصح الشرط ولاالوقف —

---

(١) المهذب الجزء الأول ص ٤١٧ ، ٤٤٨ .

لانعلم فيه خلافا ، لأنه ينافي مقتضى الوقف [١] ، إذا وقف على جهة تنقطع صح الوقف عنده ، وصرفت منفعته لأقرب الناس إلى الوقف ، كأحد قولي الشافعي ، واستدل عليه بمثل الحجة التي سقناها نقلا عن المهذب ، فقد جاء في المغني في تأييد ذلك : « ولنا أنه أزال ملكه لله تعالى فلم يجز أن يرجع إليه ، كما لو أعتق عبدا ، والدليل على صرفه إلى أقارب الواقف أنهم أولى الناس بصدقته ، بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم : « صدقتك على غير رحمك صدقة ، وصدقتك على رحمك صدقة وصلة » .

وقد اشترط محمد بن الحسن التأبيد وشدد في اشتراطه ، وأوجب أن تكون الصيغة مشتملة عليه لفظا ومعنى ، أو معنى فقط ، وذكر أن الواقف إن ذكر جهة تنقطع وسكت ، ولو مع التصريح بالتأبيد ، لم ينعقد الوقف . إذ لاتؤدي الصيغة معناه ولايترتب عليها التزامه ، وأما أبو يوسف فكثرة كتب الفقه خصوصا كتب المتأخرين تذكر أنه يشترط التأبيد كمحمد ، وإن كان لايشدد في صيغ التأبيد تشديد محمد [٢] ، وهو يعتبر كلمة « وقفت » دالة على الوقف إن ذكرت مطلقة ، من غير أن يقرن بجهة تنقطع واقتصر المتكلم عليها ، ولايعتبر ذكر الجهة التي تنقطع والسكوت عليها بعد ذكر مايدل على التأبيد لغة وماهو في قوة ذلك مبطلا للتأبيد ، بل يصح الوقف ، ويصرف بعد الجهة المنقطعة إلى الفقراء ، لأن الأصل في الصدقات أن تصرف للفقراء والمحتاجين ، وعلى هذا صارت كتب المتأخرين ، وكثير من كتب المتقدمين ، وبعض الكتب لاتذكر رواية غير تلك الرواية عن أبي يوسف .

والظاهرية يرون لزوم التأبيد كأكثر الفقهاء ، غير أنهم يقولون إن وقف واشترط جواز البيع كان الوقف صحيحا والشرط باطلا ، ولقد جاء في المحلى لابن حزم : ومن حبس وشرط أن يباع إن احتيج إليه صح الحبس لما ذكرنا من خروجه بهذا اللفظ إلى الله تعالى ، وبطل الشرط لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى ، وهما فعلان متغايران إلا أن يقول لاأحبس هذا

(١) المغني جـ٦ص ١٩٥ .

(٢) راجع البحر والإسعاف وابن عابدين وأنفع الوسائل .

الحبس إلا بشرط أن يباع ، فهذا لم يحبس شيئا ، لأنه حبس لم ينعقد إلا على شرط باطل فلم ينعقد [١] .

٥٧ — ترى مما سبق أن أكثر أئمة الفقه الإسلامى يرون تأبيد الوقف ويعتبرون التأبيد داخلا فى مقتضاه وجزءا من معناه . ولكن بزغ من بينهم إمام جليل امتاز فى فقهه بتتبع الأثر والتشدد فى اقتفاء الصحابة والتابعين وتأثر طريقتهم وهو الإمام مالك رضى الله عنه ، فهو لايشترط التأبيد فى الوقف ، بل يجيزه مؤقتا ، كما جاز مؤبدا ، ويجيز الوقف بشرط البيع عند الاحتياج ، كما يجيزه بشرط العودة للواقف أو لوارثه بعد موت الموقوف عليه ، فهو يفتى بصحة الوقف مع مايفيد التأقيت سواء أكان التأقيت لمدة محدودة معروفة مقدرة بالسنين أم لمدة غير مقدرة بالسنين ، ولكن لها نهاية [٢] .

وبعض الشيعة الإمامية على هذا الرأى ، لذا جاء فى كفاية الأحكام « لو قرن الوقف بمدة كسنة مثلا فقيل إنه يبطل ، وقيل إنه يصح ويصير حبسا وهو الأقوى ، وهذا ليس منقطع الآخر ، ولو وقف على معين ينقرض غالبا ، ففى صحته وقفا أو بطلانه أقوال ، والصحة أقرب ، فإذا انقرضوا قيل يرجع لورثة الواقف ، وقيل لورثة الموقوف عليهم ، وقيل فى وجوه البر ، ولعل الترجيح للأول وهو قول الأكثر ، وهل المعتبر وارثه حين انقراض الموقوف عليهم كالولاء أو وارثه مسترسلا إلى أن يصادف الانقراض ؟ وجهان » . يفهم من هذا أن الواقف إن ذكر جهة تنقطع وتنتهى يعود الوقف بعدهم إلى الورثة عند الأكثرين من الإمامية . وأنهم قد اختلفوا فى عودته إلى الورثة ، أيعطى الورثة الذين للواقف ، كأنه مات عند انقراض الموقوف عليه ، فلا يعتبر من مات من ورثته قبل ذلك ، ويكون النظر إلى الموجودين فقط عند عودة الواقف ، وقيل أنه يعتبر ورثته عند وفاته هو ، ثم من يرثهم بعد موتهم ثم من يرث هؤلاء حتى ينحدر إلى الطبقة التى تصادف انقطاع الوقف .

---

(١) المحلى جـ ٩ ص ١٨٣ .

(٢) راجع الشرح الصغير والكبير والحطاب .

ولقد جاء فى كتاب كفاية الأحكام أيضا : « إن الموقوف عليهم إن اشتد بينهم النزاع ولم يمكن حسمه جاز للحاكم أن يأمر ببيع الوقف وتوزيع ثمنه عليهم ، وجاء فيه أيضا أن الوقف إن ضؤلت غلاته وكثر مستحقوه جاز بيعه وتوزيع ثمنه عليهم ، إن تراضوا على ذلك عند بعض فقهاء الإمامية »

ويفهم من هذا كله أن التأبيد ليس بشرط عند بعض فقهاء هذه الفرقة .

ولم يكن بعض الإمامية والمالكية وحدهم هم الذين يرون أن الوقف لايشترط التأبيد فيه ولايعتبر جزءا من مفهومه ومعناه ، بل روى ذلك القول عن أبى يوسف كما جاء فى فتح القدير لكمال الدين بن الهمام ، وكما فى المبسوط ، فقد جاء فى المبسوط : « إن أبا يوسف توسع فى الصدقة الموقوفة فى قوله الأخير غاية التوسع .. وفى قوله الأول ضيق غاية التضييق .. ومما توسع فيه أبو يوسف رحمه الله أنه لايشترط التأبيد فيها حتى ولو وقفنا على جهة يتوهم انقطاعها يصح عنده ، وإن لم يجعل آخره للمساكين ، ومحمد رحمه الله يشترط التأبيد فيها فقال : إذا كانت الجهة بحيث يتوهم انقطاعها لاتصلح الصدقة إذا لم يجعل آخرها للمساكين ، لأن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك ، وذلك كالعتق ، وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لم يتوافر على العقد موجبه ، والتوقيت فى هذا العقد كالتوقيت فى البيع فكان مبطلا ، وأبو يوسف رحمه الله يقول : « المقصود هو التقرب إلى الله تعالى . والتقرب تارة يكون فى الصرف إلى جهة يتوهم انقطاعها . وتارة بالصرف إلى جهة لايتوهم انقطاعها فتصح الصدقة ، ليحصل مقصود الواقف » [1] .

وجاء فى فتح القدير : « عن محمد بن أبى مقاتل عن أبى يوسف : إذا وقف على رجل بعينه جاز ، وإذا مات الموقوف عليه رجع الوقف إلى

---

(١) المبسوط جـ ١١ ص ٤١ .

ورثة الواقف . قال : وعليه الفتوى ، وإذا عرف عن أبي يوسف جواز عوده إلى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز »[١] .

ومن هذا يتضح أنه يروى عن أبى يوسف عدم اعتبار التأبيد جزءا من مفهوم الوقف ، وأن بعض الفقهاء يجعل الفتوى عليه ، ويعتبره الأصح .

٥٨ — من كل ذلك يتبين أن كل الذين يرون التأبيد جزءا من مفهوم الوقف هم الأكثر عددا ، وأن الذين لايرون التأبيد جزءا من مفهومه بل هو أمر خارج عنه . فيجوز الوقف مؤقتا كما يجوز مؤبدا هم الأقل عددا ، ولكن العبرة في قوة الآراء ليست بكثرة معتنقيها بل بكثرة مافيها من فائدة ، وقوة ما يؤيدها من دليل ، ولذلك نسوق ماعساه يكون دليلا لكل فريق ، ثم نوازن بين الأدلة غير مستضيئين إلا بنور الحق لايصدنا عنه تحيز ، ولايعمينا عن إدراكه هوى ، ولايبعدنا عنه غاية ، ونستعين الله فنقول :

يستدل الذين يرون أن التأبيد جزء من معنى الوقف لايتحقق بدونه ولاينقضى عنه بما يأتى :

(أ) بالعبارات الواردة فى حديث عمر رضى الله عنه الذى هو عمدة الاستدلال فى باب الوقف ، وفيه بيان أصل شرعته ، فقد جاءت فيه عبارة « حبس الأصل » وعبارة « لايباع ولايوهب ولايورث » ، وعبارة « حبس الأصل » تدل عرفا على تأبيده ، لأنه إذا جاز رجوعه إلى ملك الواقف لم يكن محبسا فالتحبيس ينافى التأقيت ، فأمر النبىﷺ له بحبس يدل على أنه لايجيز ذلك النوع من الصدقات إلا مؤبدا باقيا ما بقيت هذه الدنيا ، وعبارة لايباع ولايوهب ولايورث صريحة فى التأبيد ، إذلو كان التأقيت جائزا لجاز بيعها وهبتها وانتقالها بالإرث ، وكلمة حبيس مادامت السموات والأرض صريحة فى التأبيد أيضا ولايحتاج معها إلى دليل عليه ، وإن كانت من كلمات عمر فى إنشاء وقفه فهى تدل أن التأبيد جزء من مفهوم الوقف ، لأنه ماقال إلا لأنه فهم أن النبى يحثه عليه فى العبارات التى ألمعنا إليها ،

---

(١) فتح القدير جـ ٦ ص ٤٨ .

وإقرار النبي ﷺ له دليل على إقرار فهمه ، وعلى أن التأبيد جزء من مفهوم التحبيس والوقف .

(ب) وأن الالتزامات إذا جاءت شريعتها أثرا لتصرفات مقيدة بأحوال خاصة ، فشرعيتها مقيدة بتلك التصرفات المقيدة لاتخرج عنها ، وقد تضافرت الآثار والأخبار بأن الالتزام الذى جاء أثرا للوقف لم يكن إلا أثرا لصيغ كان التأبيد جزءا من معناها أو لازما من لوازمها ، فكل عبارات الواقفين من الصحابة والتابعين تدل على التأبيد ، وليس بها مايشعر بالتأقيت ، والالتزامات التى ترتبت ماجاءت إلا أثرا لهذه العبارات المشتملة على التأبيد ، فإذا قلنا إن معانى الوقف والتزاماته تترتب على عبارات لاتأبيد فيها كان فى ذلك شىء من التهجم على الشرع لأنه التزام بشىء لم يجىء دليل من الشارع به . ولأن التصرفات لاتستمد قوتها فى الإلزام بشىء إلا باعتبار الشارع لها ملزمة ، ولم يقم دليل على ان الوقف المؤقت ملزم إلزاما مؤقتا ولا مؤبدا ، بل قام الدليل على اعتبار الشارع للإلزام به هو الوقف المؤبد فكان التأبيد فى نظر الشارع جزءا من مفهوم الوقف ومعناه ، وهذا معنى ما جاء فى المغنى فيما نقلناه عنه من عبارات : « إن التأقيت ينافى مقتضى الوقف » .

(جـ) أن فى الوقف إسقاطا للملك ، فهو كالعتق وكل الإسقاطات لاتصح إلا مطلقة غير مؤقتة ، فكذلك لايصح إسقاط الملك إلا مؤبدا ليتأتى معنى الإطلاق ، ولايصح مؤقتا كما أن العتق لايصح مؤقتا ، وإن قلنا إن الوقف تمليك لله أو للموقوف عليهم ، كما قال بعض الحنابلة ، فذلك أيضا يقتضى التأبيد لأن التمليكات لاتصح مؤقتة فلا يصح البيع مؤقتا ولاتصح الهبة مؤقتة ، فكذلك لايصح الوقف مؤقتا ، فلابد من التأبيد ، بل التأبيد جزء من معناه الشرعى .

٥٩ ـــ واستدل الذين أجازوا الوقف مؤقتا كما جاز مؤبدا بأن الوقف فى جملة معناه وفى مغزاه ومرماه صدقة ، والصدقات كما تجوز بإنفاق الغلات مؤبدا تجوز مؤقتا ، ولادليل يبيح تلك ويمنع هذه ، فالتفرقة بين النوعين تحكم

لا يبرره نص ولايستمد قوته من كتاب أو سنة ، وأن أصل الصدقات ثابت بالكتاب ، والإنفاق فى وجوه البر المختلفة أمر مقرر فى السنة وطرق الإنفاق فى أوجه البر متعددة النواحى ، مختلفة الأشكال ؛ منها التصدق بغلات بعض الأعيان أبدا مع حبس الرقبة عن التصرف ، ومنها الحبس المؤقت والإنفاق المؤقت ، ومنها تمليك رقبة العين للفقير ، وكل ذلك داخل فى عموم الصدقات منطو فى مضمونها مندرج فى مجموعها ، فلا تصح التفرقة بينها بالجواز فى بعضها والمنع فى الآخر ، وفوق ذلك ثبت بالحديث الصحيح جواز حبس العين وإنفاق غلاتها مؤبدا ، كما يثبت بالقياس على جواز الحبس وإنفاق الغلات مؤقتا ، لأن الغلة وهى الإنفاق فى طرق البر متحققة فى الجانبين ثابتة فى الطرفين ، وإذا قيل أن الحبس مؤبدا قد ثبت على خلاف القياس ، وما جاء مخالفا للقياس لا يقاس عليه غيره ، إذا قيل ذلك قلنا أن الوقف وإن كان مخالفا لبعض القواعد المقررة التى ذكرناها آنفا هو معقول المعنى ، فجاز أن يقاس عليه ، ومن جهة أخرى نقول : إن الوقف المؤبد هو الذى يخالف القواعد الفقهية ، أما المؤقت فلا يخالف القواعد فى شىء لأن حبس رقبة العين عن التصرف مدة مؤقتة أمر مقرر فى الشرع له فيه نظير ، إنما الشذوذ فى حبس العين مؤبدا ، فإذا جاز مافيه خروج على القواعد الفقهية ، فبالأولى يجوز مالا خروج فيه ، والمعنى فيهما واحد .

٦٠ — ويردون أدلة الذين لم يجيزوه إلا مؤبدا بأن حديث عمر وإن جاء فيه عبارات تدل على التأبيد لايدل أن غير المؤبد لايجوز بل كل مافيه يدل على أن التأبيد إن جاء فى صيغ الواقف كان النفاذ لازم الرعاية ، وهذا لايمنع صحة غيره ، والدليل على ذلك أن الحديث قد صدره النبى صلى الله عليه وسلم بقوله « إن شئت » فتصدير النبى عليه صلى الله وسلم كلامه (بإن شئت) يدل على أن المرجع فى أمر الحبس إلى ما يختاره الشخص وأن مايشير به ليس فيه قصر الحبس على شكل من الأشكال ولاعلى طريقة من الطرائق ، ثم إن كلمة حبس وهى التى ثبت أنها من عبارات النبى صلى الله عليه وسلم من غير نزاع ليس فيها مايدل على التأبيد لأن التحبيس كما

يكون مؤبدا يكون مؤقتا ، وبقية عبارات التأبيد كانت من كلام عمر وليس فيها من أوجه الدلالة إلا أن عمر قالها وأقره النبى صلى اللهعليه وسلم . وليس إقراره لها دليلا على إقراره لغيرها ، وأنه ليس فى إجازة الوقف مؤقتا إلزام بشىء لم يجىء دليل من الشرع على منع صحة الالتزام به ، لأنه صدقة والصدقة لازمة على المتصدق بالتزامه ، ولأن صحة الالتزام فى الوقف المؤقت لا تثبت بالقياس بل بدلالة الأولى من جواز الوقف مؤبدا . أما قول الذين اشترطوا التأبيد أن الوقف إسقاط للملك أو تمليك وكلاهما لايصح إلامطلقا غير مؤقت بزمن فليس بحجة على الذين يجيزون التأقيت ، لأن المالكية والشيعة الذين أجازوا التأقيت يقولون أن الملك فى الوقف للواقف ، وهو باق له فليس فى الوقف على مذهبهم إسقاط ولاتمليك فلا يحتج بعدم التأقيت فى التمليكات والإسقاطات عليهم ، لأن صاحب المذهب يلزم بمذهبه ولايلزم بمذهب غيره .

٦١ — قد سقنا لك اختلاف الفقهاء فى تأبيد الوقف ، فرأيت أن الأكثرين عددا قد قالوا أن التأبيد جزء من معنى الوقف ومفهومه ، وأن القلة من الفقهاء رأت أن التأبيد ليس جزءا من معنى الوقف ، فيجوز مؤقتا ومؤبدا معا ، وقدعلمت أن القلة تستمد رأيها من معانى الشريعة ومغزاها ومرماها ، وهى بهذا قد استعاضت عن قلة عددها بقوة دليلها ، وكان من هذه القلة إمام جليل ، هو من أئمة الرأى وعلماء السنة :الإمام مالك . فجواز توقيت الوقف مع قوة دليله قد زاده قوة فوق قوته أنه قول من لايحيد عن السنة قيد أنملة ، ومن يدرك وجوه الرأى السليم .

٦٢ — وقد أخذ بهذا النظر القانون رقم ٤٨لسنة ١٩٤٦م ، فجوّز الوقف مؤقتا ومؤبدا إذا كان على الخيرات ، وإذا كان على غير الخيرات منع جوازه مؤبدا ، وقيده بطبقتين من الذرية ، وجوز توقيته بمدة لاتزيد على ستين عاما ، وكل هذا فى غير وقف المسجد ، فإنه لايجوز إلا مؤبدا ، وبذلك صار الوقف بالنسبة للتأبيد والتوقيت ثلاثة أقسام :

قسم لايجوز إلامؤبدا ، وهو وقف المسجد .

وقسم لايجوز إلا مؤقتا ، وهو الوقف الأهلى أو الوقف الذرى كما يعبر القانون اللبنانى .

وقسم يجوز مؤقتا ومؤبدا ، وهو الوقف الخيرى .

٦٣ — وقد اقتبس من القانون المصرى قانون الوقف اللبنانى الأحكام الخاصة بالوقف الذرى ، وإليك ما اقتبسه وموارده :

(المادة ٨) لايجوز تأبيد الوقف الذرى ولايجوز على أكثر من طبقتين ، ويعتبر الموقوف عليهم طبقة واحدة إذا عينهم الواقف بالاسم حين الوقف ، وإن لم يعينهم بالاسم اعتبر كل بطن طبقة .

(الماده ٩) لايدخل الواقف فى حساب الطبقات .

(الماده ١٠) ينتهى الوقف الذرى بانتهاء الطبقة أو الطبقتين ، ويرجع الوقف إلى ملكية الواقف إن كان حيا ، وإلى ورثته من الطبقة الأولى أو الثانية ، حسب الأحوال إن كان ميتا .

(المادة ١١) إذا لم يترك الواقف ورثة ، عاد الوقف إلى إدارة الأوقاف العامة ، إذا لم يشترط الواقف جهة بر مؤبدة .

٦٤ — وهنا نجد أحكام الوقف فى القانون اللبنانى تقتبس من القانون المصرى رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م ، ولكنها لاتتقيد به من كل الوجوه ، وذلك فى بيان مآل الوقف بعد انتهائه ، وقد بدا الاختلاف فى ثلاثة أمور :

أولها — أن القانون المصرى جعل مال الوقف إذا لم يكن الواقف حيا يكون للمستحقين ، أو لذرية من ينتهى الوقف عندهم ، بينما القانون اللبنانى لا يجعل الوقف يئول إلى ذرية المستحق الذى انتهى عنده ، بل إلى ورثة الواقف من هذه الذرية ، فمثلا إذا كان من انتهى الوقف عنده بنت بنت ، فإن القانون المصرى يجعل الوقف يئول إلى ذريتها ، بينما القانون اللبنانى لايحكم بأيلولته إلى ذريتها ، بل إلى ورثة الواقف من الطبقة الأولى ، فإذا كان له بنت على قيد الحياة آل إليها ، وكذلك إذا كان له ابن ابن ، أوبنت ابن آل الوقف إليه .

ذلك لأنه لاحظ الورثة فى أيلولة الوقف ، ولم يلاحظ الجزئية فقط ، وهى كونه من ذريته .

ثانيها — أن القانون اللبنانى لايجعل الوقف ملكا للمستحقين إذا انتهى ، بينما القانون المصرى جوز ذلك ، لأنه جوّز توقيت الوقف أهليا بستين سنة ، وعسى أن تنتهى المدة ، والمستحقون على قيد الحياة ، فإنه جعل الملكية للمستحقين إن كان الواقف قد مات .

ثالثها — أنه اذا لم يترك الواقف ورثة لاينتهى الوقف فى القانون اللبنانى ، بل يتحول إلى مصارف الأوقاف الخيرية العامة ، إذا لم ينص الواقف على جهة بر .

هذه هى الفروق فى أيلولة الوقف بعد انتهائه ، ويجب أن يلاحظ ماأشرنا إليه ، وهو أن قانون الوقف اللبنانى قيد الوقف الذرى بالطبقات فقط .

٦٥ — ويلاحظ أن القانون اللبنانى قصر حكم التوقيت على الوقف الأهلي أو الذرى فقط ، أو مااختلط فيه الخيرى والذرى ، بأن كان فى نهايته على جهة بر ، أو كان مع كونه أهليا قد تضمن مرتبات أو فى بعض أجزائه كان خيريا ، ولذلك جاء فى المادة الثالثة منه :

« يتناول هذا القانون الوقف الذرى المحض ، والوقف المشترك بين الذرية والجهة الخيرية ، أما الوقف المتعلق بالمعاهد الدينية والمؤسسات الخيرية فهو تابع للأحكام الشرعية والقوانين المرعية الخاصة به ، وللقرارت التى يتخذها المجلس الأعلى له علاوة أو تعديلا لإحدى مواد تلك القوانين حسبما يقتضيه الحكم الشرعى ، وهو يشمل جميع الأوقاف المضبوطة ،والملحقة التى تديرها إدارة الأوقاف العامة » .

وبهذا يتبين أن أحكام التوقيت خاصة بالوقف الذرى ، أما الوقف الخيرى أو المشترك ، فإنه لايكون خاضعا لنظام التوقيت .

٦٦ — ولكن يلاحظ أن الوقف قد يكون مشتركا ،فيكون جزء منه ذريا ، ويكون الجزء الآخر خيريا . كأن يكون لشخص أطيان زراعية جعل نصفها للخيرات ، ونصفها على ذريته طبقة بعد طبقة وجيلا بعد جيل ، فإن صريح المادة الثالثة يجعله كالوقف على الذرية ولكن منطق القانون فى القسمة يجعله كوقفين : أحدهما— لجهة بر ، والآخر للذرية ،وكلاهما بعد التقسيم تسرى عليه الأحكام الخاصة به لزوال الاشتراك ، وكذلك إذا كانت هناك مرتبات لجهة بر من الوقف الذرى ، وذلك يبدو من أحكام القسمة ، وهى أحكام عامة تعم الخيرى والذرى ، فقد جاء فى (المادة ١٧) :

« تجوز قسمة الوقف الذرى والوقف المشترك بين الذرى والخيرى قسمة لازمة بناء على طلب المستحقين أو أحدهم متى كان قابلا للقسمة ، ولم يكن فى ذلك ضرر ، ويجوزللمتولى على الحصة الخيرية طلب القسمة كأحد المستحقين تماما »

ولا شك أنه عند تمام القسمة يكون الوقف وقفين تماما ، ذلك أن حصة الذرى تمحضت للذرية ، ويسرى عليها حكم الوقف الذرى .

وبينت (المادة ١٩) طريقة القسمة إذا كانت ثمة مرتبات لجهات خيرية ، أو فى الوقف الخيرى مرتبات الذرية ، وفى حال تمام القسمة أيضا ، ويكون الوقف الذرى قائما بذاته . والوقف الخيرى قائما بذاتهأيضا ، وبذلك تسرى عليه أحكام الوقف الذرى .

ولابد أن نقول ذلك وإلا فإن الناس يستطيعون التخلص من قيود الوقف الخيرى وأحكامه باشتراط جزء ضئيل فى الوقف للذرية ليضمنوا بقاءه بعيداعن إدارة الخيرات ، بحيث لايمسه أحد ، ولو فصل الجزء الذرى ، وبقى الباقى متمحضا للخيرى .

وعلى ذلك يكون معنى تناول أحكام القانون الجديد للوقف المشترك بين الذرى والخيرى هو فى مدة الاشتراك ، وبعد زواله بالقسمة .

٦٧ — ومع أننا نقرر أن القانون اللبنانى قد اقتبس من القانون

المصرى فإن منطقه مع ذلك غير منطق القانون المصرى ، ذلك أن القانون المصرى اعتبر فى أحكامه الوقف قابلا للانتهاء فى ذاته ، بل إنه واجب الانتهاء فى ذاته فى الحال التى يكون فيها الوقف على الذرية فقط ، فإنه يجب انتهاء ذات الوقف بعد طبقتين ، أو بعد ستين سنة إلا إذا جعل لجهة خيرية من بعد ذلك على وجه التأبيد .

أما القانون اللبنانى فإن الظاهر فيه أن الوقف ينتهى بعد الطبقتين إذا كان الواقف حيا ، وإلى ورثته من الطبقة الأولى أو الثانية حسب الأحوال ، وفى هذه الحال ينتهى الوقف من كل الوجوه ويصير ملكا ، ولكن الشرط أن يكون الورثة من الطبقتين الموقوف عليهما ، فإن لم يكن له ورثة لاينتهى ذات الوقف . بل ينتهى بالنسبة للطبقتين ، ويعود إلى إدارة الأوقاف وتصرف غلته فى مصارفها ، أويكون على جهة بر دائمة قد اشترطها الواقف .

٦٨ — ومهما يكن من قصر الواقف وقفه على الذرية .فإن للخيرات حقا فيه فى القانون اللبنانى ، ولذلك أوجب القانون عند قسمة الوقف الذى ينتهى ألاَّ يختص المستحقون به كله ، بل لابد من أن يكون لحصة البر التى نص عليها فى الوقف بعد الذرية حصة له ، ولذلك جاء فى المادة السابعة والعشرين منه :

« يقرر عند تقسيم الوقف الذرى المحض ما يقابل خمسةعشر فى المائة لقاء جهة البر المشروطة فى الوقف ، والتى لولاها لما صح الوقف وتسلم إلى الدائرة الوقفية المحلية لتصرف فى وجوه البر العامة » .

و إن هذه ملاحظة قيمة لأن كل وقف مآله إلى الخير ، سواء أمحض للخير ابتداء ، أو كان للخير حصة فيه ، أم كان على الذرية ثم يئول إلى الوقف ، ولكن هل يلاحظ هذا عند انتهاء الوقف كما لوحظ عند تقسيمه ، إنه لم يوجد نص صريح يفيد أن هذا يلاحظ عند الانتهاء ، ولكن منطق القانون يوجبه . لأنه لم يزل معنى الخيرية من الوقف حتى عند الانتهاء ، فكان هذا دليلا على أنه يجب أن يحجز نصيبا ، ولكن لانص ، وأنه إذا أريد الجمع بين منطق القانون ونصوصه ، فإنه يجب أن نقرر أن الإنهاء فى الوقف الذرى

قسمان ،إنهاء فى وقف ذرى قد أنشىء بعد القانون ، وفى هذه الحال لايكون لأى جهة من جهات البر نصيب إلا إذا لم يكن ثمة وارث للواقف من الطبقتين فيكون مالا لاوارث له ، فيئول إلى أقرب جهة ، وهو إدارة الأوقاف ، وإن كان الوقف قديما قد أنشىء قبل القانون ، فإنه بلاشك سيكون لجهة البر نصيب فيه حتما ، وهو نحو خمسة عشر فى المائة .

الإنهاء لتخريب الوقف أو ضآلة الأنصبة :

٦٩ — وهناك أحكام تخالف مبدأ التأبيد فى الوقف غير ما ذكرنا ، وهى إنهاؤه عند ضآلة الأنصبة وتخرب أعيان الوقف وتعذر استبدالها ، أو عمارتها ، وقد اشتملت أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٩م على ذلك ، فقد جاء بالنسبة للإنهاء لأجل التخريب فى المادة (١٨) ما نصه :

«إذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها ولم تمكن عمارتها، أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيبا فى الغلة غير ضئيل ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الغلة وقتا طويلا — انتهى الوقف فيه ، كما ينتهى فى نصيب أى مستحق يصبح ما يأخذه من الغلة ضئيلا » .

ويؤخذ من هذا أن الوقف ينتهى بتخريبه ، وينتهى بضآلة الأنصبة بالنسبة لكل المستحقين ، أو بالنسبة لمن يكون النصيب ضئيلا بالنسبة له .

والانتهاء الذى نصت عليه تلك المادة يكون بقرار من المحكمة بناء على طلب ذى الشأن ، ومآل الوقف فى هذه الحال ، أنه يكون ملكا للواقف إن كان حيا ، وإلا فإنه يكون لمستحقه وقت الحكم بانتهائه .

٧٠ — والقانون اللبنانى حذا حذو القانون المصرى فى هذا المبدأ ، وإن كان قد خالف فى مآل الوقف مخالفة جزئية ، وإليك المواد التى جاءت فى هذا القانون على حسب آخر تعديل فيه :

(المادة ٣٢) إذا تخربت عقارات الوقف ولا يمكن عمارة المتخرب أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيبا فى الغلة غير ضئيل انتهى الوقف فيه .

(المادة ٣٣) يعتبر الوقف منتهيا إذا أصبح ما يأخذه المستحقون من الغلة ضئيلا ، ويصبح ما انتهى فيه الوقف ملكا لمستحقه أو للواقف إن كان حيا .

(المادة ٣٤) يكون انتهاء الوقف بقرار تصدره المحكمة المدنية المختصة بناء على طلب أحد المستحقين تحفظ فيه الحصة الخيرية المبينة فى (المادة ٣٧) من هذا القانون .

(المادة ٣٥) إذا انتهى الوقف ولم يكن أحد من ذرية الواقف بسبب انقراضهم يعود الوقف إلى دائرة الأوقاف المحلية الخيرية .

٧١ — يلاحظ هنا أمران :

أحدهما — أن القانون المصرى كان مع إيجازه أوضح فى بيان الأحكام التى اشتمل عليها ، فهو يصرح فى بيان من يئول إليه الوقف بعبارة قاطعة لاتقبل أى تأويل مهما يكن بعيد الاحتمال ، ولذلك جاءت الفقرة الأخيرة من (المادة ١٨) إذ نصها هكذا : « ويصير ما انتهى إليه الوقف ملكا للواقف إن كان حيا ، وإلا فلمستحقه وقت الحكم بانتهائه » .

والأمر الثانى — أن القانون اللبنانى بحكم منطقه كان حريصا على أن يكون لجهة الوقف الخيرية التى تنتهى إليها حصة تعادل ١٥ ٪ من الوقف ، وقد أهمل القانون المصرى ذلك فى كل أحوال الإنهاء حتى أنه لم يلاحظها عند إنهاء الأوقاف الذرية جملة بالقانون رقم ١٩٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، ولا شك أن القانون اللبنانى فى هذا كان أكثر محافظة على جهات الخير ، وأشد رعاية لها ، أما القانون المصرى فلم يلتفت إلى جهة البر التى تكون نهاية كل وقف ، كما كان الشأن فى الماضى بالنسبة لكل الأوقاف ، والأساس فى ذلك أنه ندر أن تنتهى طبقات المستحقين فى الوقف الأهلى إذ كان مسلسلا إلى انقراض الذرية ، وهذا يكون معقولا ، ولكن الإنصاف يتقاضانا أن نقول أنه توجد أوقاف أهلية لا تكون مسلسلة الطبقات فى الذرية إلى وقت الانقراض ، بل تكون فى طبقة أو طبقتين ، بل قد يقول الواقف : « الغلات

عليّ ما دمت حيا ، ومن بعدى تكون لزوجى أو لولدى فلان ، ومن بعدهما تكون لجهة بر كذا ..» فإذا جاز إنهاء الوقف الأهلى أو الذرى عند استحقاق الزوجة وملكته يكون فى ذلك غبن شديد على جهة البر .

٧٢ ــ وبالنسبة للأمر الأول، وهو دقة النص فى القانون المصرى نقول : إن القانون اللبنانى صرح بأن الإنهاء فى حال التخريب أو الضآلة يكون بقرار تصدره المحكمة المدنية المختصة بناء على طلب أحد المستحقين ، إذ ذكرت (المادة ٣٣) أنه يصبح ما انتهى فيه الوقف ملكا للمستحقين .

وفى (المادة ٣٣) تصريح بأن الوقف يصبح منتهيا إذا أصبح ما يأخذه المستحقون ضئيلا ، إلى آخره .

وهذه العبارات قد يبدو بادى الرأى تعارض بين ظواهرها ، فالمادة ٣٣ قد يفهم من ظاهرها أن ذات الضآلة هى المنهية ، وليس حكم القاضى هو المنهى ، ولكن (المادة ٣٤ صريحة) فى ضرورة الحكم ، ولم يبين من الذى يملك أهو المستحق وقت الحكم أو المستحق وقت الطلب ، وذلك كله قطعت فيه (المادة ١٨) من القانون المصرى بأوجز تعبير إذ قالت : « فإنه يكون لمستحقه وقت الحكم بانتهائه » .

ومهما يكن من تعارض الظواهر فى بعض الكلمات فإن مجموع المواد كلها يؤدى إلى ما قطع فيه القانون المصرى ، وإن اختلفت الصياغة ، وذلك لأن المواد يفسر بعضها بعضا ، وكل مادة محمولة فى معناها على المادة الأخرى ، وإذا كانت إحدى المواد مطلقة (كالمادة ٣٣) فهى مقيدة بما اشتملت عليه (المادة ٣٤) والمطلق يحمل على المقيد فى تفسير القوانين ، بل بإجماع فقهاء المسلمين ما دام الموضوع واحدا والحكم واحدا، ولذلك تحمل ظواهر الإطلاق فى (المادة ٣٣) على التقييد فى (المادة ٣٤) ، وذلك ما ذكره شراح القانون اللبنانى ،

٧٣ ــ ومهما يكن من وضوح هذا ، فإنه بسبب عدم القطع فى

النص وقع خلاف فقهى فى تطبيق هذا القانون فيما يتعلق بالإنهاء بسبب الضآلة ، وموضوع الخلاف هو : هل يستند الإنهاء إلى وقت الحكم به ، وهل يعتبر الحكم كاشفا أم يعتبر منشئا للإنهاء ؟ ولاشك أن هذا الخلاف لا يمكن أن يكون له موضوع فى النص المصرى ، لأنه قطع بأن المستحق وقت الحكم هو الذى يملك الوقف .

وقد أصدرت محكمة النقض اللبنانية حكما يقضى بأن الإنهاء يستند إلى وقت الطلب ، لا إلى وقت الحكم ، وأن الحكم كاشف ، أو إعلانى كما يعبر القانون اللبنانى ، وكان موضوع القضية أن المستحق طلب إنهاء الوقف لضآلة نصيبه ، وفى أثناء سير الدعوى مات أحدهم ، وآل نصيبه إلى الطبقة التى تليه ، فرفضت المحكمة دعوى الإنهاء بالنسبة للمتوفى ، ومنع أن يكون الوقف ملكا لورثته ، ولما رفع نقض فى هذا قررت المحكمة إعطاء ورثة المستحق باعتباره كان ملك أبيهم ، ورفضت دعوى الطبقة التى تلى المستحق وبنت حكمها على ظواهر(المادة ٣٣) وأوّلت (المادة ٣٤) بأن الحكم الذى تشترطه إعلانى كاشف ، وليس مقررا ولا منشئا للحق .

ونحن نخالف قرار المحكمة العليا فى هذا ، وذلك للوجوه الآتية :

أولها — أن الضآلة أمر نسبى ، فقد يكون ضئيلا فى نظر بعض المستحقين ، وضخما فى نظر آخر ، والذى يعين وصف الضآلة هو القضاء ، لاإرادة المستحق نفسه ، ولذلك اشترط حكم القاضى ، وهو شرط لتحقيق السبب لالترتيب الحكم ، وإذا كان شرطا لتحقيق السبب فان الإنهاء يكون من وقت الحكم لا من وقت الطلب .

ثانيها — أن عبارات المذكرة التفسيرية التى اقترنت بالقانون تصرح بأن الانتهاء متوقف على الحكم ، أى لاوجود له إلا بوجود الحكم ، فقد جاء فى هذه المذكرة مانصه فى إنهاء الوقف للضآلة :

« وجعل الأمر فى انتهاء الوقف موقوفا على حكم المحكمة التى تستعرض الظروف وتقدر الأحوال وتتخذ لكل حال مايناسبها ، وإن هذا النص

بلا شك يقرر أن حكم المحكمة منشئ لاإعلاني ، لأن الإنهاء موقوف فى الوجود عليه ، فلا يثبت قبله ، وإنه من المقررات الفقهية أن الحكم المعلق لايوجد قبل وجود المعلق عليه ، وهنا علق الانتهاء على الحكم ، وأصبح وجوده متوقفا على الحكم فلا وجود له قبله .

ثالثها ـــ أنه عند الانتهاء يجب أن يقرر الحكم حصة جهة الخير ، وهى خمسة عشر فى المائة ، ويجب أن يشتمل الحكم على ذلك ، كما نصت ،«المادة ٣٤ » ، وأن الحكم بالنسبة لهذا منشئ كما تقرر البداهة ، فيجب أن يكون منشئا فى كل أجزائه لاتحاد الموضوع فى ذاته ، واتفاق الغرض والمقصد من الحكم وهو تحقيق معنى الضآلة .

رابعها ـــ أن الحكم يتضمن تغيير حال العقار من عقار موقوف إلى عقار مملوك ، وتغيير الأوصاف الشرعية للأشياء يكون بحكم القضاء ، لا بإرادة الأفراد ، ويستند التغيير إلى وقت الحكم ، لا إلى وقت السبب المجرد ، ولو كان السبب محدودا .

فمن المقررات الشرعية أن الأمور الثابتة بحكم شرعى لا تلغى إلا بحكم شرعى قضائى ، ومن أمثلة ذلك استفاقة المجنون إذا كان قد زوجه وليه ، فقد صرحوا بأنه إذا اختار فسخ الزواج بعد استفاقته لا يتم الفسخ إلا بحكم القاضى ، والفسخ يكون من وقت الحكم لا من وقت الطلب ، حتي لو مات الزوج أو الزوجة قبل الحكم وبعد الطلب يجرى بينهما التوارث .

خامسها ـــ أن المصدر التاريخى للقانون اللبنانى هو القانون المصرى رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م ، وفيه النص الصريح على أن الوقف يئول فى حال الضآلة والتخريب إلى من يكون مستحقا وقت الحكم ، وعدم وجود النص صريحا فى القانون اللبنانى يوجب الرجوع إلى أصله فى تفصيل مجمله ، وتوضيح مبهمه ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

القربة فى الوقف

٧٤ـــ الأصل فى شرعية الوقف أن يكون صدقة يتقرب بها إلى الله سبحانه وتعالى بالإنفاق فى أوجه البر بالصدقة الجارية ، وقد تبين ذلك مما سقناه من أدلة فى صدر كلامنا فى حقيقة الوقف ، وجوازه ، ومنعه ، ولكن قد خالط الصرف على جهات البر المحضة صرف على جهات أخرى ليس الإنفاق فيها من الصدقات المعروفة فى الشرع الإسلامى ، كالإنفاق من الغلة على المستحقين الأغنياء من ذريته وغيرهم ، ولكن علم من الآثار الواردة عن الصحابة والتابعين وصف الأوقاف بالصدقات ، ووقع الوقف مع ذلك من بعض التابعين على الأغنياء ، ولذا جرى خلاف بين الفقهاء فى كون القربة جزءا من حقيقة الوقف ومعناه ، أو هى أمر خارج عن حقيقته بدونها ، وقد يكون مصاحبا لها .

٧٥ ـــ فمالك رضى الله عنه لايشترط فى جهة الوقف أن تكون قربة ، بل الشرط عنده ألا تكون معصية ، كالوقف على شراء أسلحة فى حرب محرمة ، يكون فيها اعتداء وبغى ، والوقف على الخمر . وأباح الوقف على كل ما لامعصية فيه ، سواء أكانت فيه قربة ظاهرة كالوقف على الفقراء والمساجد وطلبة العلم ، وغير ذلك من وجوه البر ، أم لم تكن فيه قربة ظاهرة ، كوقف تمحض للأغنياء أو المحتاجين إليه ، فهو عنده سائغ جائز ما دام خاليا من المعصية .

والاعتبار فى كونه معصية عند مالك يرجع إلى اعتقاد الواقف ، ولذا صح فى بعض الأقوال عند المالكية وقف المسيحى على الكنيسة ، سواء أكان على العبادة فيها أم كان على مرمتها وإصلاحها ، وقال ابن رشد : إذا كان الوقف على مرمتها وإصلاحها فالوقف صحيح معمول به ، وإن ترافعوا إلى القاضى المسلم حكم بإمضائه ، وإن كان على عبادها لا يصح ، وهناك قول ثالث فى مذهب المالكية هو عدم صحة الوقف على الكنيسة والبيعة مطلقا .

والأقوال الثلاثة منصوص عليها فى الشرح الصغير [١] .

(١) راجع الشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٦٧

٧٦ ـــ والشافعي ، لايشترط ظهور القربة في الوقف ابتداء ، بل يشترط ألاّيكون في معصية ، ولذا جاء في شرح التحرير : « لايصح الوقف على زيد ليقتل من يحرم قتله ، ولاعلى حربي ، لأنه إعانة له على معصية بخلاف مالا معصية فيه سواء أكان جهة قربة كالفقراء والمساجد والمدارس أم جهة لاتظهر فيها قربة كالأغنياء ، واعتبار كونه معصية عند الشافعي يرجع إلى اعتبار الإسلام ذلك . سواء أكان معصية في اعتقاد الواقف أم لا .ولهذا نرى الشافعي يجيز وقف المسيحي أو اليهودي على المسجد ، لأنه قربة في نظر الإسلام ، ولو لم يكن في نظر الواقف ، لأن المسيحي باعتباره لايرى في الوقف على المسجد قربة مستحبة ولاأمرا مشروعا ،وكذلك لايجوز عند الشافعي أن يقف اليهودي على بيعته ، أو المسيحي على كنيسته ، لأن ذلك ليس قربة في نظر الإسلام .

٧٧ ـــ وأحمد بن حنبل يشترط أن يكون على بر أو على أمر معروف فقد جاء في الشرح الكبير على المقنع مانصه :

« إن الوقف لايجوز إلا على بر أو معروف ، كولده وأقاربه والمساجد والقناطر ، وكتب الفقه والعلم والقرآن ، والسقايات ، والمقابر ، وفي سبيل الله ، وإصلاح الطرق ، ونحو ذلك من القرب ، ويصح على أهل الذمة ، لأنهم يملكون ملكا محترما وتجوز الصدقة عليهم ، قال تعالى : « **لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين * إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون** »[1] واذا جازت الصدقة عليهم جازالوقف عليهم كالمسلمين . وروى أن صفية زوج النبي صلى الله عليه وسلم وقفت على أخ يهودي لها ، ولأن من جاز أن يقف عليه الذمي جاز أن يقف عليه المسلم كالذمي ، ولو وقف على من ينزل كنائسهم من

(١) سورة الممتحنة الآية : ٨ ، ٩ .

المارة والمجتازين من أهل الذمة وغيرهم صح ، لأن الوقف عليهم لا على الموضع » .

وجاء فى منتهى الإرادات فى بيان شروط الوقف :« الشرط الثانى أن يكون الوقف علىّ بر مسلما كان أو ذميا كالوقف على المساكين والمساجد والقناطر والأقارب ، لأنه شرع لتحصيل الثواب ، فإذا لم يكن على بر لم يحصل مقصوده الذى شرع من أجله » .

ويؤخذ من هذين النصين أن الوقف لايجوز إلا على بر أو أمر معروف غير مستنكر من الشرع ، كالوقف على الأولاد ولو أغنياء ، ولكنه لايجوز فى معصية ، والعبرة فى كونه معصية يرجع إلى موضوع الوقف فى ذاته من غير نظر إلى اعتقاد الواقف ، فوقف المسيحى على الكنيسة لايجوز ووقفه على المسجد يجوز ، وهو فى كل هذا كالشافعى تماما .

٧٨ — ولافرق على هذا الأساس بين المذهب الحنبلى والشافعى . فالوقف يجوز أن يكون فى ابتدائه وآخره على الأغنياء مادام الوقف عليه فيه بر معروف .

والفرق بين المذهبين لايظهر فى أصل اشتراط الصدقة ، إنما يظهر فيها إذا كان الموقوف عليهم لايحصون عددا وفيهم الأغنياء والفقراء ، فأحمد يجوّز هذا ، كذلك الشافعى فى أحد قوليه ، وفى القول الآخر لا يجوزه ، فالفرق بينهم جزئى ، ولقد جاء فى المغنى فى بيان المذهبين :

« ويصح الوقف على القبيلة العظيمة كقريش وبنى هاشم وبنى تميم و بنى وائل ، ويجوز الوقف على المسلمين كلهم وعلى أهل إقليم ومدينة ، كدمشق ونحوهم ، ويجوز للرجل أن يقف على عشيرته ، وأهل مدينته . وقال الشافعى فى أحد قوليه : لايصح الوقف على من لا يمكن استيعابهم و حصرهم فى غير المساكين ، لأن هذا تصرف فى حق الآدمى ، فلا يصح مع الجهالة ، كما لو قال وقفت على قوم ، ولناأن من صح الوقف عليه إذا كان عددا محصيا أو لم يكن محصيا — صح كالفقراء والمساكين » .

ومؤدى هذا أن المذهبين يتفقان على أنه إذا كان الموقوف عليهم الفقراء والمساكين يصح الوقف ، وإن لم يكونوا يحصون عددا ، وأما إذا لم يكن على الفقراء والمساكين فهو موضع الخلاف في المذهب الشافعي ، وظاهر المذهب الحنبلي أنه يصح ، ويصرف على من يرى الناظر الصرف إليه من غير أن يتقيد بالصرف على الفقراء منهم إذا كان فيهم غنى وفقير ، مادام اللفظ مطلقا غير مقيد .

ويلاحظ أن مذهب مالك رضي الله عنه — و لو أنه لايشترط القربة — لايصرف الغلة على الأغنياء إذا كان الوقف على قوم فيهم الغنى والفقير ، ولا يمكن الصرف عليهم جميعا ، فإنه في هذه الحال لا يصرف إلا على الفقراء منهم . فمن وقف على بني فلان وتكاثروا حتى صار فيهم الفقير والغنى ، فإنه يصرف إلى ذوى الحاجة خاصة .

٧٩ — هذه مذاهب المالكية و الشافعية والحنابلة فلننتقل إلى مذهب الحنفية .

لقد شدد الحنفية في اشتراط الصدقة أكثر من غيرهم ، فاشترطوا أن يتمحض الوقف لجهة البر والقربة ولو مالا ، فهم أجازوا الوقف على من لاقربة في الوقف عليه ولا معصية ، على شرط ألاّ يتمحض الوقف له بأن يكون جهة لا تنقطع ، وهى لاتحصى آحادها ولا تستوعب . فالوقف على قوم أغنياء أو فيهم الغنى والفقير ، إذا لم ينص على أنه يصرف في موضع الاحتياج منهم لا يصلح لعدم تمحض الوقف لا حالا ولا مآلا للصدقة ، وإن وقف على أولادهم ومن بعدهم على الفقراء صح لأنه تمحض للصدقة مآلا .

ولقد قال ابن نجيم في البحر :

« والحاصل أنه متى ذكر مصرفا فيه نص على الفقراء والحاجة فالوقف صحيح يحصون أم لا ، ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الغنى والفقير ، إن كانوا يحصون صح التمليك ، وإن كانوا لا يحصون فهو باطل ، إلا أن يكون في لفظه ما يدل على ذوى الحاجة كاليتامى ، فحينئذ إن كانوا يحصون

فالأغنياء والفقراء سواء ، وإن كانوا لا يحصون فالوقف صحيح ويصرف إلى فقرائهم ، وكذلك لو وقف على الزَّمْنَى فهو على فقرائهم ، وفى الفتاوى : لو وقف على الجهاد والغزو أو فى أكفان المتوفى يفتى بالجواز » وبمثل ذلك جاء فى كتب الفتاوى والفروع ، على اختلاف يسير .

٨٠ — ويستفاد من هذا الكلام ثلاثة أمور :

أولها — أنه إذا وقف على من يحصون ، وذكر جهة بر من بعدهم فإن الوقف يكون صحيحا ، ويصرف فى مصارفه كلها ، لأن العبرة بالمآل ، ولا يشترط أن يتمحض للخير ابتداء .

وثانيها — أنه إذا لم يذكر جهة بر وكان الموقوف عليهم يحصون فإنه يقول إن العين تنتقل إليهم تمليكا ، ولا يكون التصرف مقصورا على الغلة وحدها ، وهذا بلا ريب إذا كان فى عبارة الوقف ما يشعر بأن التصرف تمليك ، فإنه يكون تمليكا بالنص ، لأن العبرة بالمقاصد والمعانى ، لا بالألفاظ والمبانى ، وإذا لم يكن فى العبارة ما يفيد التمليك ، فإن العبارة تنشأ باطلة ، لا التزام فيها ، إلا أن يقال أن كلمة وقفت تدل بذاتها على معنى التصدق ، فإنه فى هذه الحال يكون الوقف على الذين يحصون مصرفه الفقراء ، وقد أشرنا إلى ذلك عند الكلام على اشتراط التأبيد .

ثالثها — أنه يستفاد من هذا الكلام أيضا أن الوقف إذا كان على قوم فيهم الغنى والفقير أو كانوا جميعا أغنياء ، فإن الوقف لا ينعقد إلا إذا كان فيه ما ينبئ عن الحاجة ، كالوقف على العميان والعرجى والزَّمنى ، فإنه يصرف على فقرائهم ، وروى الخصاف فى كتابه « أحكام الأوقاف » أن الوقف على العميان والزَّمنى إذا كان فيهم الفقير والغنى لا يصح لعدم تمحضه للصدقة لا حالا ولا مآلا ، ولا دليل يوجب الصرف إلى الفقراء منهم دون غيرهم .

ويجب أن يلاحظ أن الوقف على الأغنياء ليس خاليا من القربة والصدقة دائما بل أحيانا يكون الوقف قربة ، ولو كان للأغنياء فيه منفعة ، أى لو كان يصرف على الأغنياء والفقراء ، كوقف الخان والسقاية والمقبرة ،

فإنه يكون قربة ، ولو انتفع بها الغنى والفقير على سواء ، ولذلك يصح الوقف .

٨١ — وننتهى من هذا إلى أن الحنفية يشترطون القربة حالا أو مآلا ، ولا يكتفون باشتراط عدم المعصية ، كالشأن عند المالكية والحنابلة وبعض الشافعية . والقربة المعتبرة عند الحنفية يشترط لتحققها أمران :

أحدهما — أن يكون قربة فى نظر الشرع الإسلامى ، لأن الوقف بمقتضى تنظيمه فى الدولة الإسلامية شريعة إسلامية فيه ناحية عبادة دينية .

ثانيهما — أن يكون قربة فى نظر الواقف ،وعلى ذلك يصح وقف المسلم والذمى على الفقراء والخانات والسقايات ، وكل ما هو بر ، لا تختلف فيه الديانات ، ولا تتباين فى النظر إليه الشرائع ، ولا يصح وقف الذمى على مسجد لأنه وإن كان قربة فى نظر الشرع الإسلامى ، ليس قربة فى نظر المسيحى أو اليهودى .

والوقف على الفقراء مسلمين أو غير مسلمين قربة فى نظر الإسلام باتفاق الفقهاء ، فالوقف من مسلم على فقراء أهل الذمة أو مرضاهم قربة يتقرب بها إلى الله تعالى ، وصدقة يثاب عليها المسلم ، ويحتسب بها عند الله حسبة مرجوة الجزاء ، لا يختلف فى ذلك شافعى عن حنفى ، ولا مالكى عن حنبلى ، ولا سنى عن شيعى ، وبذلك نطق القرآن ، فقد قال تعالى : « **ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا** »[1] والأسير فى زمن نزول القرآن لم يكن مسلما قط ، فمدح إطعامه ولو قبض عليه مدرعا بالشكة والسلاح لقتال المسلمين — دليل على أن العبرة فى الصدقات إلى المعنى الإنسانى الذى يتحقق فى كل بنى الإنسان ، مهما تتخالف الأديان

٨٢ — وقد يقول قائل : إن خلاصة القول فى آراء الأئمة أصحاب المذاهب الأربعة على أن وقف المسيحى على الكنيسة باطل إن استثنينا مالكا

---

(١) سورة الإنسان : الآية ٨ .

وحده على قول عنده هو الذى أجاز فيه الوقف على الكنيسة أو البيعة ،وبقية الأئمة قد قرروا أن ذلك لا يجوز ، فهل يتفق هذا مع الحرية الدينية ، ومع القضية الإسلامية المشهورة :« أمرنا بتركهم وما يدينون » ؟ ونقول فى الإجابة عن ذلك :ليس فى عدم صحة الوقف على الكنيسة أو البيعة فى نظر الأئمة الثلاثة ــ ما يدل على عدم احترام الحرية الدينية ، أوعلى عدم احترام المسلمين لشعائر أصحاب الديانات الذين يعيشون فى جوار المسلمين وظل الدولة الإسلامية ، وليس فيه ما يناقض القضية المشهورة :« أمرنا بتركهم وما يدينون » وذلك لأن هؤلاء الأئمة قد اتفقوا على إقرار الذميين فى بيوت عبادتهم وترميمها وإصلاحها لتبقى دائما قائمة ، تقام فيها الشعائر الدينية ، وإنما لم يجوِّز بعضهم الوقف عليها ، لأن الوقف بتنظيمه فى الدولة الإسلامية ــ شريعةإسلامية بحتة ، وقد نظروا فيه إلى أنه عبادة إسلامية خالصة ، وإذا كان له نظير عند غير المسلمين فى شرائعهم ، فلا مانع من أن يحكموا هم بينهم بما فى كتبهم أو نظمهم الدينية . وإذا ترافعوا إلى الحاكم الإسلامى ليقضى بالشرع الإسلامى ، فإنه سيقضى بمذهب الدولة الإسلامية فيه ، فإن كان مالكيا أبقى الوقف ، وإن لم يكن مالكيا حكم بمذهبه ، وهم فى حل من أن يترافعوا ، ويبقى الأمر فيما بينهم على ما هو عليه .

على أنه قد اختير فى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ م الأخذ بمذهب مالك على ما سنبين إن شاء الله تعالى .

٨٣ــ تبين مما تقدم أن الأصل فى شرعية الوقف أنه صدقة ، وكان الظاهر أن يكون فى ابتدائه وانتهائه ممحضا للخير ، ولقد كانت آراء الفقهاء فيها تسهيل على الناس وتوسعة .

ولكن نبت من بين الفقهاء ــ وقد ظهرت أضرار الوقف الكثيرة إذا لم يكن على جهة بر ابتداء ــ من يرى أن الوقف يجب أن يتمحض للخير فى ابتدائه وانتهائه ، وأن تزال تلك التوسعة التى قررها الأئمة المجتهدون ، وأن يبقى العمل بالحديث الذى خاطب به النبى صلى الله عليه وسلم عمر

ابن الخطاب ، إذ قال له :« إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » وقد قال صاحب الروضة الندية فى التعليق على هذا الحديث :

« وإطلاق الصدقة يشعر بأن للواقف أن يتصدق بها كيف شاء فيما فيه قربة ، وقد قيل فى ذلك (فى وقف عمر) فتصدق بها على الفقراء وذوى القربى والرقاب والضيف وابن السبيل .. والحاصل أن الوقف الذى جاءت به الشريعة ورغب فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعله أصحابه هو الذى يتقرب به إلى الله عز وجل ، حتى يكون من الصدقة التى لا ينقطع عن فاعلها ثوابها ، فلايصح أن يكون مصرفها غير قربة ، لأن ذلك خلاف موضوع الوقف المشروع ، ولكن القربة توجد فى كل ما أثبت فيه الشارع أجرا لفاعله كائنا من كان ، فمن وقف مثلا على إطعام نوع من أنواع الحيوان المحرمة كان وقفه صحيحا ، لأنه قد ثبت فى السنة الصحيحة :« أن فى كل كبد رطبة أجرا » ومثل هذا لو وقف على من يخرج القذارة من المسجد ، أو يرفع مايؤذى المسلمين فى طريقهم ـــ كان ذلك وقفا صحيحا ، لورود الأدلة الدالة على ثبوت الأجر لفاعل ذلك ، فقس على ذلك غيره مما هو مساوٍ له فى ثبوت الأجر لفاعله ، وما هو آكد منه فى استحقاق الثواب » .

ونرى من هذا أن صاحب الروضة الندية لا يرى وقفا إلا ما كان ممحضا للصدقة ولا يعترف بسواه وقفا سائغا شرعا .

القربة فى القوانين التى نظمت أحكام الوقف :

٨٤ ـــ وكان العمل فى بلاد الشام ومصر بالمذهب الحنفى ، ولا يزال العمل به فى الأردن والعراق ، وفى البلاد السعودية العمل بمذهب الإمام أحمد ، وقدبيناه فى هذا .

وقد جاء القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م ، فأخذ بمذهب الإمام مالك ، واعتبر الوقف جائزا على كل ما ليس معصية ، فقد أجاز الوقف

الأهلى ، ولم يعتبره إلا مؤقتا بستين سنة أو بطبقتين من المستحقين ، والوقف فى هذا ليس على وجه من وجوه القربات ، وإن كان على وجه معروف لا يعد صدقة ، ولا شك أنه تشوبه المعصية إذا قصد به حرمان الورثة من ميراثهم ، فإنه وقف المضارة ، ووقف المضارة لايجوز دينا ، وإن أجازه أكثر العلماء من الناحية القضائية ، لأنهم لايبحثون عن النيات والبواعث ،فإن ذلك قد ترك لحكم الديان . وهو العليم بذات الصدور ، الذى لا تخفى عليه خافية فى الأرض ولافى السماء .

وبالنسبة لوقف غير المسلم أجاز القانون وقفه ولم يشترط أن يكون قربة فى ذاته ، ولا قربة فى اعتقاده ، بل الشرط ألا يكون فى معصية فى دينه وفى الإسلام ، وذلك ما نصت عليه المادة السابقة فقد جاء فيها :

« وقف غيرالمسلم صحيح مالم يكن على جهة محرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية » .

٨٥ ــ والقانون اللبنانى الذى أعقب القانون المصرى أبقى الوقف من حيث جواز الخيرية ، والوقف على الذرية على ما كان عليه فى مذهب أبى حنيفة ؛ ولكنه أخذ من مذهب مالك التوقيت ، فأوجب توقيت الوقف الأهلى بستين سنة أو بطبقتين ، وبذلك يصح أن يكون الوقف خاليا من ناحية الصدقة الخيرية .

وترك معنى الخيرية للأحكام الشرعية والقوانين المرعية ، وللقرارت التى يتخذها المجلس الأعلى ، وبذلك فتح الباب لتوسيع معنى الخيرية ، حتى تشمل معابد غير المسلمين وغيرها ، مما يتفق مع نظام الطوائف فى لبنان .

وقد جاء بيان ذلك فى المادة الثالثة منه ، وهذا نصها :

« يتناول هذا القانون الوقف الذرى المحض ، والوقف المشترك من الذرية والخيرية ، أماالوقف الخيرى المتعلق بالمعاهد الدينية والمؤسسات الخيرية فهو تابع للأحكام الشرعية والقوانين المرعية الخاصة به ، وللقرارات

التى يتخذها المجلس الأعلى له ، علاوة أو تعديلا لإحدى مواد تلك القوانين حسبما يقتضيه الحكم الشرعى ، وهو يشمل جميع الأوقاف المضبوطة ، والملحقة التى تديرها إدارة الأوقاف العامة » .

وبذلك يتبين أن القانون اللبنانى فتح الباب لتوسيع التفسير فى معنى الخيرية فى الوقف الخيرى ، وترك تفسير ذلك للإدارة المحلية للأوقاف التى حلت محل وزارة الأوقاف العثمانية ، وأن ذلك يتفق مع الكيان السياسى والاجتماعى والدينى للبنان ، وهو أيضا يتفق مع أحد الأقوال فى مذهب الإمام مالك الذى يعتبر الخيرية أو القربة على حسب عقيدة الشخص .

٨٦ — ولقد جاء القانون السورى والمصرى فأبطلا الوقف الذرى كما تسمى سوريا ، أو الوقف الأهلى كما تسمى مصر ، ومنع بمقتضى ذلك الوقف إلا إذ كان للخيرات ، وبذلك قامت الفكرة التى أبديناها من قبل ، وهى أن الوقف إذا رجعنا إلى مصادره الأولى — وهى حديث النبى صلى الله عليه وسلم وأوقاف الصحابة من بعده — نجد الوقف كان مقصورا على الخير وجهات البر ، ولم يبح غيره إلا من بعد ذلك ، وكان القانون المصرى الصادر بذلك هو القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢م .

وقد منع بهذا القانون الوقف الذرى ، ولكن مع ذلك كله كان بعض الواقفين فى الماضى يكثرون الوقف على أبواب الخير، أومايظنونه خيرا ، كالوقف على المقابر . ولذلك أجيز للمجلس الأعلى لوزارة الأوقاف فى مصر بعد استئذان المحكمة المختصة أن يحول أوجه الخير من وجه إلى وجه على حسب ما يرى من المصلحة .

وقد جاء ذلك فى القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣م ، وهذا ما اشتملت عليه المادة الأولى منه ونصها :

«إذا لم يعين الواقف جهة البر الموقوف عليها ، أو عينها ولم تكن موجودة أو وجدت مع وجود جهة بر أولى منها جاز لوزير الأوقاف بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى وإجازة المحكمة الشرعية أن يصرف الريع كله أو

بعضه على الجهة التى تعينها دون تقييد بشرط الواقف » .

٨٧ ـ وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية التى صحبت صدور القانون ما يبرر ذلك التغيير وقد بنته على أمرين :

أحدهما ـــ مراعاة المصالح العامة .

وثانيهما ـــ ماسوغه الفقه الإسلامى فى جملته من جواز مخالفة شروط الواقفين التى تتعلق بمصارفه ، ولننقل لك الجزء الأول مؤجلين الجزء الثانى إلى الكلام فى شروط الواقفين . وقد جاء فى الجزء الأول مانصه :

« الوقف الخيرى الذى يصرف ريعه على جهة بر سواء أنشئ خيريا ،أو لم تعرف جهة الصرف الموقوف عليها ، بأن كان وقفا مما يعرف بالوقف المندثر ـــ تتعدد مصارفه اليوم حسب ظروف كل وقف وشروطه بصورة تجعل الصرف أحيانا على بعض الجهات ضربا من السخف، أو سبيلا لمخالفة الشرع ، فى حين أن الغاية التى أجيز الوقف من أجلها ، أو حكمة التشريع هى التقرب إلى الله تعالى بالصدقة الجارية ، أو ما ينفع الناس ويعين على صلاح حالهم ،أو يقوى شوكة المسلمين بإحياء العلوم والفنون ، وشحذ الهمة للجهاد ، وكفالة أمر المجاهدين ، إلى غير ذلك مما يتمحض عن نفع عام ، وتقادم الزمن على هذه الأوقاف ، وعدم إدراك الواقفين لخير المصارف التى يأتى بها الزمن ، وتجددها الأيام ـــ كل ذلك يجعل من الضرورى اليوم أن تشرف جهة عامة على توجيه ريع الأوقاف الخيرية إلى المصارف ذات النفع العام يؤدى الإنفاق عليها إلى مجاراة نهضة الأمة ، وتحقيق أحسن الغايات التى تلائم العصر ، دون تقيد بشروط الواقف ، أو تمسك بجهة معينة بذاتها تأبيدا . والسبيل إلى تحقيق تلك الغاية هو ترك حرية اختيار جهة البر التى ينفق عليها ريع الوقف لوزير الأوقاف بالاتفاق مع مجلس الأوقاف الأعلى متى أجازته المحكمة الشرعية، على أن يقيد هذا الاختيار بأن يكون المصرف الجديد أولى من جهة البر التى نص عليها الواقف . وتحديد الأولوية يرتبط بتحديد غاية أسمى أو منفعة أعم ، أو

مصلحة أكبر . فإطعام الفقراء مثلا خير من إلقاء الورد وسعف النخل على المقابر . والصرف على جيش مصر أولى من الصرف على جيش الدولة العلية التى زالت علة الواقف عليه ، إلى غير ذلك من الأمثلة التى يجدها من يحاول أن يحقق للأمة من مصارف الوقف ما تنتفع به انتفاعا صحيحا ، وإن اختلف الفقهاء فى جواز مخالفة شرط الواقف ، فلا خلاف فى أن البر وهو غاية الواقفين يكون أقرب منالا ، كلما بدا وجه النفع فى مصرفه . وليس هذا بدعا فى الفقه الإسلامى ، بل هو رأى بعض كبار أئمة الفقه الإسلامى ، فقد جاء فى كتاب المغنى جـ ٦ ص ٢٠ ما يأتى :

« إن المصرف الذى سماه الواقف لا يلزم ولا يتعين الصرف إليه إذا كان غيره أصلح منه . حتى لو وقف على الفقهاء والصوفية واحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند نظرا إلى المقصد الأصلى وهو القربة وهى تكون أتم فيما هو أصلح له » .

٨٨ — هذا ، ونلاحظ أنه قد أهملت إرادة الواقف إهمالا تاما إزاء المصلحة التى يراها وزير الأوقاف ويوافقه عليها مجلس الأوقاف والقضاء .ولكننا نرى أنه تجوز مخالفة إرادة الواقف بشرط التقيد بأحد أمرين :

أحدهما — أن يكون التقييد فى دائرة تنفيذ الغاية السامية التى يتجه إليها ، فإذا كان الواقف قد وقف على طلاب العلم فى المذهب الحنفى أو شيوخه ، وأريد تغيير المصرف يجب أن يكون فى دائرة تحقيق الغاية وهى حماية المذهب الحنفى وتنشيط دراسته ، وذلك بإخراج المخطوطات الدقيقة منه .أو تشجيع من يكتب فيه أو تسهيل اقتناء كتبه .

ثانيهما — أن تكون ثمة ضرورة إلى التغيير ، كأن تكون الدولة فى حال حرب وأريد توجيه كل القوى نحو هذه الغاية ، ومنها غلات الأوقاف ، فإنه يجوز مؤقتا صرف الغلات فى سبيل الله وهو الجهاد الذى حث عليه النبى ﷺ ودعا إليه ، ومن بعد زوال الضرورة تعود الغلات إلى مصارفها ما لم تكن غير صالحة للاستمرار .

وغنى عن البيان أنه إذا كان المصرف مشكوكا فى خيريته كالوقف على المقابر ، أو كان ثمة إسراف في مقدار الموقوف فإن تغير المصرف أو بعضه يكون واجبا ، ولا يترك الأمر فرطا لا ضابط له .

٨٩ ــ ويجب أن نلاحظ أمرين :

أحدهما ــ أنه ترتب على هذا القانون أن أحجم الناس عن الوقف الخيرى جملة ، ومن كان من الواقفين على قيد الحياة وله حق الرجوع فى وقفه رجع فيه ، لأن كل واقف كان يتجه إذا حسن مقصده إلى علاج آفة اجتماعية معينة قد أوجب على نفسه أن يسهم فى علاجها ، فإذا حورب فى هذا المقصد الحسن ، أو توهم أنه سيلغى بإرادة من وزير الأوقاف مع موافقة من اشترطت موافقته فإنه لا يتجه إلى ما اتجه إليه من أمر هو ذاته حسن ، فلو وقف واقف مقدارا من المال على أن يكون بعض مصارفه الإنفاق على مجلة بقصد الدفاع عن الإسلام وتسهيل اقتناء هذه المجلة لفقراء المثقفين ، فإنه يتردد فى الاستمرار على إرادته إذا توقع إلغاء صدقته الجارية ، وكان حقا أن يترك للناس حرية الاختيار فى المصارف ما لم يثبت أنها لا خير فيها ، أو يكون خيرها مشكوكا فيه .

الأمر الثانى ــ أن الأوقاف غير الإسلامية كانت طليقة لا يتدخل آحاد ولا جماعات فى حرية المصرف ما دامت فى دائرة البر والصدقة الجارية ، وبذلك كان التدخل الواضح فى ناحية ، والإطلاق الواضح فى ناحية أخرى ، وأن مقتضى الإنصاف أن يكون الإطلاق والتقييد بالنسبة للجميع .

الملكية فى الوقف

٩٠ ــ الملكية لا تخرج عن الواقف عند المالكية ، وفى بعض الأقوال عند الإمامية ، فقد قيل عندهم أن الملكية تبقى للواقف ، فلا تخرج عن ملكه ، ولكنها ملكية مقيدة ، فليس له حق بيعها ولا التصرف فى رقبتها ، فهى ملكية تثبت بحكم القواعد الفقهية ، والتنسيق الفكرى .

وقال بعض الإمامية إن الملكية تنتقل إلى الموقوف إليهم كالمذهب الحنبلى على ما سنبين ، ولكنها ملكية لا تجيز البيع ولكنها تفيد الانتفاع فقط ، فهى كالأول تطبيق للقواعد الفقهية .

وقال بعض هؤلاء الشيعة : إن الوقف إن كان على جهات عامة لا تملك كالفقراء والمساكين والمصالح والقناطر كان الملك لله ، وإن كان فى غير ذلك فالملك للموقوف عليهم .

ولكن القول الراجح عند الإمامية هو ما يتفق مع رأى الإمام مالك ، وهو أن الملكية لا تخرج عن ملك الواقف . وروى هذا القول عن الإمام أحمد ، وجاء فى المغنى أنه ينسب إلى الشافعى رضى الله عنهم أجمعين .

٩١ ـــ وحجة هذا القول الذى يقرر أن الملكية لا تخرج عن المالك تقوم على النص وعلى وجوه من الرأى :

(ا) أما النص فهو قول النبى ﷺ لعمر فى بعض الروايات : « حبس الأصل وسبل الثمرة » وتحبيس الأصل لا يقتضى خروجه عن ملك الواقف ، بل إقراره فى ملكه .

(ب) وأما الرأى فلأن الوقف إنما هو تصرف فى غلات الأعيان الموقوفة ، ولم يتجاوز ذلك إلى الأعيان إلا بالقدر الذى يلزم لاستيفاء الغلات منها ، وذلك لا يقتضى أن تخرج الأعيان من ملك أصحابها ، فلا تخرج ، إذ أن خروج الملك من صاحبه لابد أن يكون بسبب مخرج ، ولم يتعين خروج الموقوف عن الملك بالوقف ، لأنه لا يوجد ما يدل عليه من الصيغة ، ولأنه لا ضرورة للتنسيق الفقهى توجب خروجه ، إذ يتصور أن تكون العين لمالك ، والمنفعة لجهة أخرى ، أو لشخص آخر ، كما هو الشأن فى الوصية بالمنافع ، إذ تكون الرقبة للورثة ، والمنفعة للموصى له بها .

وقد رجح كمال الدين بن الهمام ذلك الرأى مع أنه يخالف مذهبه ، وهو المذهب الحنفى ، فقد جاء فى فتح القدير : « وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف ، فلا يزول عنه ملكه ، لكن لا يباع ولا يوهب

ولا يورث » وذكر بعض الشافعية أن هذا قول آخر للشافعي وأحمد ، لأنه ﷺ قال « حبس الأصل وسبل الثمرة » وهذا أحسن الأقوال، فإن خلاف الأصل والقياس ثابت فى كل من القولين [١] وهو خروجه لا إلى مالك ، وثبوت ملكه أو ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته ، وكل منهما له نظير فى الشرع ، فمن الأول المسجد والمقبرة ، ومن الثانى أم الولد يكون الملك فيها باقيا ، وكذا المدبر المطلق عندنا ، فكل منهما يمكن أن يقع بالدليل [٢] « أى يثبت وقوعه بالدليل الشرعى » ولا شك أن ملك الواقف كان متيقن الثبوت ، والمعلوم بالوقف أن شرطه عدم البيع ونحوه ، فليثبت ذلك القدر ويبقى المال على ما كان حتى يتحقق المزيل ، ولم يتحقق ، فإن الذى فى الحديث فى بعض الروايات : « تصدق بأصله » مع أنه ليس على ظاهره ، وإلا لخرج إلى مالك آخر. ثم رأينا غيره بينه بقوله : « إن شئت حبست أصلها ، وتصدقت بها ، أى بالثمرة ، أو الغلة » ، وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص دليل يوجب الخروج عن الملك » [٣] .

ونرى من هذا أن الكمال بن الهمام مع أنه حنفى ، ومن المجتهدين فى هذا المذهب — قد اختار مذهب مالك فى هذه المسألة ، وأخذ على نفسه أن يبرهن على صحته ، ويقيم الدليل على أحقيته .

---

(١) القولان أولهما أن تخرج العين إلى ملك الله تعالى ، والثانى أن تبقى على ملك الواقف ، أو تكون الملكية للموقوف عليهم ، وقد جمع الأقوال فى اثنين .

(٢) أم الولد هى الأمة التى ولدت ولدا لمالكها ، وهى تعتق بوفاة المالك ، وتستمر على ملكه مادام حيا ، ولكن ليس له حق بيعها ولا هبتها ، والمدبر المطلق هو العبد الذى علق مالكه عتقه على وفاته من غير تقييد بأمر آخر ، وهذا لا يجوز بيعه ولا هبته عند الحنفية ، ومعنى الكلام أن الوقف فيه مخالفة للأصل الفقهى ، سواء أقلنا أن الملكية تبقى للمالك ، أم تخرج ، لأن الملكية إن بقيت له أو خرجت إلى الموقوف عليهم ، فهى ملكية تثبت على خلاف القياس ، إذ المالك والمتصرف حقيقتان متلازمتان ، وإن قلنا أن الملكية تخرج إلى غير مالك فمعنى ذلك أنها ستكون سائبة لامالك لها ، ولا سائبة فى الإسلام بعد ثبوت الملك عليها ، ومع مخالفة كلا النظرين للقياس لكل واحد منهما نظير واقع ، فنظير القول الأول المساجد والمقابر فهى تخرج من المالك إلى غير مالك باتفاق الفقهاء ، ومن الثانى أم الولد ، والمدبر المطلق ، فكلاهما يكون مملوكا ، ولا يملك أحد التصرف فيه بالبيع أو الهبة .

(٣) راجع فتح القدير جـ ٥ — ص ٤٠ .

٩٢ — هذا هو الرأى الأول . والرأى الثانى هو رأى ابن حنبل فى أرجح الروايات عنه ، وهو أنه يخرج عن ملك الواقف إلى ملك الموقوف عليهم ، وقد جاء فى المغنى فى بيان هذا الرأى ودليله :

« وينتقل الملك فى الموقوف إلى الموقوف عليهم فى ظاهر المذهب ، قال أحمد : إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم ، وهذا يدل على أنهم ملكوه . وروي عن أحمد أنه لا يملك ، فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته فى مرضه يجوز ، لأنه لا يباع ولا يورث ، ولا يصير ملكا للورثة ، وإنما ينتفعون بغلته ، وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون ، ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون : لايملكون التصرف فى الرقبة ، وعن الشافعى من الاختلاف ما حكيناه ، وقال أبو حنيفة : لا ينتقل الملك فى الوقف اللازم ، بل يكون حقا لله تعالى ، لأنه إزالة ملك العين والمنفعة على وجه القربة بتمليك المنفعة ، فانتقل الملك إلى الله تعالى كالعتق ، ولنا أنه سبب يزيل من ملك الواقف إلى من يصح ملكه على وجه لم يخرج المال من ماليته ، فوجب أن ينتقل الملك إليه ، كالهبة والبيع ، ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ، ولم يزل ملك الواقف عنه ، ويفارق العتق ، فإنه أخرجه عن المالية ، وامتناع التصرف فى الرقبة لا يمنع الملك كالدين »

ونرى من هذا أن جملة ما يستدل به أنه سبب مزيل لملك الواقف إلى من يصح تمليكه ، وهو الموقوف عليه ، ونحن نمنع فى تلك القضية فإن الوقف لم يزل ملك العين إلى من يصح تمليكه ، بل أوجد فقط حقا فى غلات العين لمن يصح تمليكه ، إذ الحق الذى يثبت فى الموقوف للموقوف عليه بمقتضى الوقف ، إنما هو حق الانتفاع ، والاستيلاء على الغلات فى إبانها ، ولا يقتضى ذلك ملكية العين الموقوفة ، فتبقى الملكية على أصلها وتستمر للواقف ، لأنه لم يقم دليل على زوالها . ولو حكمنا بزوالها لكان فى ذلك خروج عن القياس من ناحيتين :

إحداهما — إثبات ملكية لا يترتب عليها آثار بالنسبة للرقبة فلا يملك

التصرف فيها بالبيع والشراء وهذا مظهر يعارض حق الملكية المطلقة .

والثانية — إزالة الملك عن صاحبه من غير تصرف موجب للزوال ، ولو أبقينا العين على ملك الواقف ما خرجنا على القياس إلا من ناحية واحدة . وهى الأولى إذ يكون مالك لا يستطيع التصرف ، ولا شك أن مخالفة قياس واحد أولى بالأخذ من مخالفة قياسين ، إذا لم يكن مناص من مخالفة للقياس .

وأرجح الأقوال عند الشافعى ، ومذهب الحنفية أن الوقف يخرج من ملك الواقف إلى غير مالك من العباد ، بل تكون الملكية على حكم ملك الله تعالى ، وعلى ذلك الظاهرية وغيرهم من الفقهاء ، فقد قال ابن حزم فى المحلى :

« إن الحبس ليس إخراجا إلى غير مالك ، بل إخراج إلى أجلّ المالكين وهو الله سبحانه وتعالى » .

وقد احتج الذين قالوا إن الوقف يخرج من ملك الواقف إلى غير مالك من العباد ، إلى ملك الله تعالى بأن بعض الروايات فى حديث عمر المشهور :« تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث » والتصدق بالأصل يقتضى خروجه عن ملك الواقف ، ولا يمكن إدخاله فى ملك أحد من العباد ، إذ ليس للعباد فيه إلا الغلات ، إن كانت لهم فيه حقوق ، لذلك تخرج الرقبة من ملك صاحبها إلى غير مالك من العباد ، ولما كان ذلك الخروج إنما هو على وجه الصدقة وهى لا يراد بها إلا وجه الله تعالى ، كان الملك لله سبحانه وتعالى .وقد رد كمال الدين بن الهمام بأن الرواية التى جاء فيها : « تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب » جاء لها نظير يعارض انتقال الملك ، وهى رواية : « حبس أصلها » ولابد أن يكون المعنى للروايتين واحد ، فيحمل إذن معنى تصدق على حبس . ولا يصح أن يحمل معنى حبس على معنى تصدق ، لأننا نكون قد حملنا كلمة « حبس » أكثر من معناها ، بينما كلمة تصدق لا تخرج عن معناها إذا حملناها على حبس ، لأن التحبيس على وجه الخير تصدق .

وفى الحق أننا إذا نظرنا إلى مذهب المالكية جملة وجدناها فى هذه الجزئية أبعد المذاهب عن مخالفة القواعد الفقهية وأقربها إلى القياس ، لأن الخروج فيه عن مقتضيات القياس أقل من غيره ، وذلك لأن المذهب المالكى يثبت الملكية للواقف لو وقفه ، ويجعله جائز التوقيت ، ويصح بيعه إن اشترط لنفسه ذلك الحق ، وفى كل هذا موافقة للقواعد الفقهية ، لأنه قد أثبت ملكية وأثبت لها بعض آثارها ، فكان الوقف فى نظره غير بعيد عن القواعد الفقهية ، ولم يخرج عنها إلا بمقدار النص الذى سوغ الخروج : لا يعدوه ولا يزيد عليه ، ولا يسير بعده فى خطوط تبعده عن القواعد الفقهية العامة المقررة .

٩٣ ـــ هذه أحكام ملكية العين الموقوفة فى المذاهب الإسلامية المختلفة ، وقد آن لنا أن ننظر ما اتجهت إليه القوانين التى نظمت أحكام الوقف فى مصر ، ولبنان ، وسوريا .

ونقول فى ذلك إن سوريا ألغت الوقف الأهلى أو الذرى وجعلت الأعيان ملكا للمستحقين ، والوقف الخيرى فيها باق على ما كان العمل به فى مذهب الحنفية ، أى أن الملك فيه يكون على حكم ملك الله سبحانه وتعالى .

وأما فى مصر فإن أول قانون نظم الوقف بأقسامه هو القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م ـــ وقد جوّز أن يكون الوقف مؤقتا ، سواء أكان أهليا أم كان خيريا ، وعلى ذلك يكون الوقف الخيرى غير خاضع لمذهب الحنفية ، بل هو مستمد من المذهب الذى جوز الوقف مؤقتا ومؤبدا ، وهو مذهب الإمام مالك ومذهب الإمامية ، وعلى ذلك يكون من الواجب أن نعرف حكم الملكية فى القانون على ضوء ما جاء فى المذهب المالكى ، أسار على منهاجه أم خالف منهاجه ، ولكى يستبين الأمر ندرس القانون فى هذا الباب كما جاء ، وإن كان الوقف الأهلى قد ألغى بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢م .

٩٤ — لم ينص القانون المذكور على الملكية لمن تكون فى الوقف بكل أنواعه ، ولعله لم يفعل ذلك ، لأنه قانون تطبيقى لا يلتفت إلى النظريات الفقهية ، ولكن جاءت أحكامه في المواد التى ينتهى فيها الوقف تفيد من تئول إليه الملكية عند انتهائه ، ولم نجد له منطقا متسقا فى ذلك ، فبينما هو فى بعض الأحكام يجعل الملكية تئول للواقف ولورثته ، وهذا يتسق مع منطق المذهب المالكى ، نجده فى أحكام أخرى جعل الملكية تنتهى إلى الموقوف عليهم ، وهذا يتفق مع منطق المذهب الحنبلى ، ولذلك لم يكن له فى هذا الباب منطق فقهى واحد ، وإليك « المادة ١٦ » التى تنص على انتهاء الوقف المؤقت :

« ينتهى الوقف المؤقت بانتهاء المدة المعينة ، أو بانقراض الموقوف عليهم ، وكذلك ينتهى فى كل حصة منه بانقراض أهلها قبل انتهاء المدة المعينة ، أو قبل انقراض الطبقة التى ينتهى بانقراضها ، وذلك ما لم يدل كتاب الوقف على عودة الحصة إلى الموقوف عليهم أو بعضهم ، فإن الوقف فى هذه الحال لا ينتهى إلا بانقراض هذا الباقى أو بانتهاء المدة » .

وجاء فى (المادة ١٧) التى تبين مآل الملكية ما نصه :

« إذا انتهى الوقف فى جميع ما هو موقوف على ذوى الحصص الواجبة طبقا (للمادة ٢٤) أو فى بعضه أصبح ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف إن كان حيا ، فإن لم يكن صار ملكا للمستحقين ، أو لذرية الطبقة الأولى أو الثانية على حسب الأحوال ، فإن لم يكن منهم أحد صار ملكا لورثة الواقف يوم وفاته ، وإلا كان ملكا للخزانة العامة ، وإن انتهى الوقف فى جميع ما هو موقوف على غيرهم أصبح ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف إن كان حيا أو لورثته يوم وفاته ، فإن لم يكن له ورثة أو كانوا وانقرضوا ولم يكن لهم ورثة كان للخزانة العامة » .

وقد صرحت (المادة ١٨) بمآل الوقف إذا انتهى للتخرب أو ضآلة الأنصبة بأنه « يصير ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف إن كان حيا ، وإلا فلمستحقه وقت الحكم بانتهائه »

٩٥ — وإنه بالنسبة لأصحاب الاستحقاق الواجب الذين كان قد نص عليهم كما رأينا على استحقاقهم القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م ، وهم الورثة من ذرية الواقف ، ولو كانوا من ذوى الأرحام ، والأبوان وأحد الزوجين ، فإن هؤلاء يكون لهم استحقاق واجب ، وإذا انتهى الوقف عليهم بانتهاء مدته ، أو بانقراضهم ، أو انقراض الطبقتين ، تكون العين ملكا للواقف إن كان حيا ، وإلا فلورثته المستحقين ، وأما الوقف على غير هؤلاء فإنه يكون للواقف وورثة الواقف .

وكيفما كان الأمر فإن هذه الأحكام غير مستقيمة على منطق واحد كما أشرنا ، فبينما هى تجعل الملكية الكاملة فى النهاية للواقف باعتبار أن الرقبة لم تخرج عن ملكه ، وهى نظرة مستقيمة — نجدها تردفها بما يهدمها بجعل الملكية الكاملة تكون لورثة الطبقة الأخيرة إن لم يكن حيا ، لا لورثته ، وهذا بلا شك لا يتسق إلا على أساس أن الملكية فى الأعيان تكون للموقوف عليه الذى هو مذهب الإمام أحمد ، فالمادة على هذا لا تسير على نظرية واحدة ، بل تلفق تلفيقا بين نظريتين لا ينتج عنه وحدة فكرية متناسقة متماسكة الأجزاء ، بحيث تتلاحق وتتساوق فى سلسلة منطقية واحدة .

ويقال فى الجواب عن ذلك أن هذا يتفق مع مرامى هذا القانون ، وهو حفظ الميراث لبعض الورثة ، وهم ذرية الواقف ، والأبوان وأحد الزوجين ، وما دام قد حفظ لهم حقهم فى الميراث ، بكونه وقفا يأخذون فيه بالاستحقاق فإنه يئول إلى ورثتهم على أساس الملك إذا انتهى الوقف . وعودة العين إلى الواقف ما دام حيا تتفق مع نظرية المحافظة على ميراثهم ، لأنهم ليس لهم الحق فى الميراث ما دام على قيد الحياة ، ولأن الواقف ما دام على قيد الحياة لاينتقل إلى الورثة . وهو غير لازم فإذا مات صار لازما . وانتقل إلى ملكية الموقوف عليهم . وبذلك يكون القانون سائراً على مقتضى منطقه ، لأنه يعتبر الملكية للواقف ما دام حيا . فاذا مات انتقل إلى ملكية الموقوف عليهم باعتبار أن المستحقين استحقاقا واجبا الذين حفظ حقهم فى الميراث استحقاقا ما دام الوقف قائما — إذا زال الوقف آل إلى

ذريتهم . وهنا يجيء النقد من ناحية أخرى، وهو أن المنطق كان يوجب أن ينتقل إلى ورثتهم لا إلى ذريتهم لكى يكون تطبيق حكم الميراث سليما . فالاضطراب الفكرى قائم على أية صورة ، وهذا ما يؤدى إليه التلفيق الفقهى فى أكثر أحواله . فهو يؤدى إلى ذلك الاضطراب فى المقاييس الفقهية .

٩٦ ـ ولنترك هذا . وهو أمر كان متعلقا بالاستحقاق الواجب الذى كان ثمرة من ثمرات القانون الذى نظم الوقف الأهلى ورتبه . وقد ألغى الوقف الأهلى فألغى معه الاستحقاق الواجب فى الوقف . وإن كانت فيه طرق أخرى للمحافظة على حقوق هؤلاء الذين نص القانون على وجوب توافر حقهم فى الميراث .

ولنتجه إلى الجزء الباقى من أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ . وهو الوقف الخيرى الذى جاز مؤقتا ، كما جاز مؤبدا . فإننا نجد القانون يتسق فى الجملة اتساقا منطقيا على أساس أن العين الموقوفة تكون على ملك الواقف وورثته من بعده . وهو مذهب مالك الذى أخذ منه مبدأ توقيت الوقف : ذلك أنه جعل الأعيان تعود إلى ملك الواقف إن كان حيا . فإذا كان قد مات عند انتهاء الوقف الخيرى فإن العين تكون لورثته ثم لورثة ورثته إذا كان ورثته قد انقرضوا ، وإلا فلمن يليهم ، وهكذا . فإن لم يكن أحد من ورثته ولا من يلونهم إلى آخره تكون الأعيان للخزانة العامة كالشأن فى كل مال لا وارث له . والعبرة فى الورثة يوم وفاته ، وهنا نجد نقدا يوجه إلى القانون المذكور من حيث الوضوح . ذلك أنه إذا كان له أولاد يوم وفاته ثلاثة . مات اثنان منهم قبل انتهاء الوقف . وعند الانتهاء لم يكن له إلا ولد واحد . أفيعود الوقف كله إليه أم يعود نصيبه فقط من التركة ؟ نجد القانون مبهما فى هذا ، والمنطق يوجب أن يعود إليه نصيبه فقط باعتبار أن الملكية فى الرقبة إلى كل ورثته ، وكل من يئول إليه جزء منها إذا انتهى الوقف تعود إليه غلات هذا الجزء . وإن كان هذا قد يستفاد من عبارة القانون لأنه صرح بأن العبرة بالورثة من يكونون عند الوفاة . ولكنه أبهم من بعد ذلك . فصرح بأن انتقال الحق إلى من يليهم إذا انقرضوا . وذلك يستفاد

من ظاهره أنه لا يئول إلى الورثة الذين يلون من ورثوه إلا إذا انقرض كل الذين ورثوه .

ولذلك نقول : إن عبارة القانون غير محررة ، وكان الأولى أن يقول : يعود الوقف إلى ورثته وقت وفاته ومن يكون قد مات منهم بعد وفاته فإن نصيبه يئول إلى ورثته وهكذا . وبذلك يتحرر التعبير ويستقيم المنطق ويستقيم التفكير .

٩٧ ـــ الاضطراب الفقهي واضح كل الوضوح فى الملكية بعد انتهاء الوقف المتخرب ، أو الانتهاء لضآلة الأنصبة ، فإنه من غير أى مرمى فكرى أو إصلاحي قرر أن الوقف إذا انتهى بسبب التخرب أو الضآلة يعود إلى الواقف إن كان حيا ، وهذا أخذ بنظر الامام مالك فى ملكية الواقف ، ولكنه يقرر بعد ذلك أن تعود العين إلى المستحق إذا كان الواقف قد مات ، وذلك أخذ بمذهب الإمام أحمد ، وأنه إذا كان بالنسبة للاستحقاق الواجب قد وجد ما يبرره من غرض القانون . فإن هذا التلفيق لا نجد ما يبرره ، إلا أن يكون قد قصد مصلحة المستحقين من غير ارتباط بأى نظرية فقهية .

٩٨ ـــ هذه هى المآخذ التى أخذناها على القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م ، وهو القانون المصرى الذى استمد منه القانون اللبنانى كثيرا من أحكامه .

وإذا انتقلنا إلى القانون اللبنانى نجده يسير فى الوقف الخيرى على مقتضى مذهب أبى حنيفة ، فهو يجعله سائراً على الأحكام التى كانت مرعية من قبل ، وهى فى جملتها مشتقة من المذهب الحنفى الذى يعتبر العين فى الواقف اللازم قد خربت من ملك الواقف إلى ملك الله تعالى وهو لا يقبل التوقيت .

أما الوقف الذرى ، أو الأهلى ،فإنه كالقانون المصرى جعله مؤقتا تأقيتا لازما ، وقد كان حكمه فى مآل الوقف ينتهى إلى رأى مالك رضى الله عنه الذى يعتبر الأصل للوقف المؤقت ، ولذلك جعل الوقف الذى ينتهى لانتهاء

طبقاته يرجع إلى الواقف إن كان حيا ، وإلى ورثته من الطبقة الأولى أو الثانية على حسب الأحوال إن كان ميتا .

وبهذا كان منطقيا بالنسبة للأصل الذى اشتق منه ، وفيه الإبهام الذى لاحظناه فى القانون المصرى والذى ضربنا الأمثال عليه .

ولكن يلاحظ أنه إذا لم يكن للواقف ورثة أو كان وانقرضوا لا يئول إلى الخزانة العامة أو إلى بيت المال ، كما هو الحكم فى القانون المصرى ، بل الوقف يئول فى القانون اللبنانى إلى إدارة الأوقاف العامة إن لم يشترط جهة بر مؤبدة يئول إليها الوقف بحكم نص الواقف ، وبذلك تكون الأعيان الموقوفة فى دائرة الوقف إن لم يمكن أن تئول ميراثا .

محل الوقف

١ ــ الأعيان الموقوفة

٩٩ ــ أكثر الفقهاء على أن الوقف يكون على وجه التأبيد ، وقد خالف فى ذلك الإمام مالك والإمامية من الشيعة وقرروا أن يكون مؤقتا ، وقد بينا ذلك من قبل .

ولذلك اشترط الحنفية أن تكون العين الموقوفة صالحة للبقاء ليمكن تنفيذ حكم التأبيد فيها ، ولهذا قرروا أن الأصل فى الوقف أن يكون عقارا ، وجواز وقف غير العقار يجىء على خلاف الأصل ، وقد قرروا أن المنقول يجوز أن يكون وقفا فى أحوال استثنائية :

أولها ــ أن يكون تابعا للعقار ، والتابع للعقار قسمان :

أحدهما متصل به اتصال قرار وثبات ، وذلك كالبناء والأشجار ، لأن البناء والأشجار عندهم من المنقول ، وليست من العقار ، وقد خالفهم فى ذلك الإمام مالك رضى الله عنه ، وهذا النوع من المنقول يدخل فى العقار تبعا له من غير نص عليه .

والقسم الثانى من المنقول هو ما يكون مخصصا لخدمة العقار ، كالمحاريث والبقر والعوامل فيها ؛ ونحو ذلك مما هو مخصص لخدمتها ؛ وهذه تدخل فى الوقف عند الحنفية بالنص عليها .

ثانيها ــ أن يكون قد ورد أثر بجواز وقفه كوقف الأسلحة ، والكراع ، وهو الحيوانات المخصصة للحروب ، وهذه يجوز وقفها ، لأنه يروى أن خالد بن الوليد وقف سلاحه للغزو فى سبيل الله تعالى ، وهذا يجوز وقفه لورود ذلك الأثر ، وإقرار الصحابة لما صنعه ذلك المجاهد العظيم .

ثالثها ــ إذا جرى به عرف ، وذلك كوقف الكتب والمصاحف ؛ فإن العرف قد جرى بوقفها ، والعرف مصدر فقهى عند الحنفية ما لم يعارض

نصا وإلا كان عرفا فاسدا ، والعرف الفاسد غير معتبر بإجماع العلماء .

وقد قرر الحنفية أن استبدال الموقوف إذا خشى عليه الفناء يكون الطريق لبقاء الانتفاع ، حتى أنه روى أنه لو جرى العرف بجواز وقف الدراهم والدنانير ، وهى لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها واستبدل بها عقار أو نحوه مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه .

وبذلك جمعوا بين تأبيد الوقف ، وجواز وقف المنقول فى صور استثنائية وإن تشديدهم فى اعتبار أن الأصل فى الموقوف أن يكون عقارا يرجع إلى اشتراط التأبيد من جهة ، وإلى أن الأصل الذى قام عليه الوقف هو حديث الإمام عمر رضى الله عنه ، والموقوف فيه كان عقارا ، وقد قصروه على ذلك لأن الوقف عندهم جاء على خلاف القياس ، لمورد النص فيقتصر فيه على مورد النص .

١٠٠ — والإمام مالك رضى الله عنه والشيعة الإمامية أجازوا وقف المنقول ، وذلك يسير مع أصحابهم لأن الوقف عندهم يجوز مؤقتا ، ويجوز مؤبدا ، وإذا كان يجوز مؤقتا ، فلا يشترط أن تكون العين صالحة للبقاء الدائم الذى لا يتغير ، ويجوز عندهم وقف كل منقول من غير أى قيد يقيده ، وإذا كان الوقف مؤبدا وكان منقولا كان طريق بقائه هو الاستبدال ، فيحل محل المنقول عين ثابتة صالحة للبقاء .

والشافعية والحنابلة أجازوا وقف المنقول كالعقار ، ولكن يجىء هنا إشكال : كيف يمكن بقاء الوقف مؤبدا مع أن المنقول قابل للإتلاف ، وغير صالح للدوام ؟ وقد اختلفت الإجابة عن هذا السؤال فى المذهب الشافعى ففيه رأيان :

أحدهما — أنه ينتهى الوقف إذا أتلف المنقول ، ومعنى التأبيد يكون مرنا ، فالتأبيد فى كل عين بما يناسبها فما يكون غير قابل للفناء عادة يكون بدوام الوقف إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، وما يكون قابلا للفناء يكون بمقدار بقائه .

والرأى الثانى — أنه لا ينتهى الوقف ، بل يستبدل بالعين عند بدو انتهائها غيرها ، ويحل محلها فى الوقف .

وقد جاء فى المذهب بيان الرأيين فى المذهب الشافعى ، فقال : « وإن وقف نخلة فجفت ، أو بهيمة فزمنت ، أو جذوعا على مسجد فتكسرت ،ففيه وجهان :

أحدهما — لا يجوز بيعه لما ذكرنا فى المسجد .

والثانى — يجوز بيعه ، لأنه لا يرجى منفعته ، فكان بيعه أولى من تركه بخلاف المسجد ، فإن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه ، وقد يعمر الموضع فيصلى فيه ، فإن قلنا تباع كان الحكم فى ثمنه حكم القيمة التى تؤخذ من متلف الوقف ، أى أنه يشترى به ما يكون وقفا.

وجاء فى نهاية المحتاج :

« لو لم يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها بإحراق ونحوه صارت ملكا للموقوف عليه ، كما صححه ابن الرفعة وجرى عليه ابن المقرى فى روضه ، لكنها لاتباع ولاتوهب ، بل ينتفع بها كأم الولد ، ولايلزم تناف بسبب القول بعدم بطلان الوقف مع كونه ملكا ، لأن معنى عوده ملكا أنه ينتفع به ولو باستهلاك عينه كالإحراق ، ومعنى عدم بطلان الوقف أنه مادام باقيا لايفعل به ما يفعل بسائر الأملاك من بيع ونحوه كما مر » (١)

والمذهب الحنبلى أجاب عن الإشكال بجواب واحد وهو الاستبدال ، وقد قال فى ذلك ابن عقيل : « الوقف مؤبدا ، فإذا لم يكن تأبيده على وجه تخصيصه (أى بعين معينة) استبقينا الغرض ، وهو الانتفاع على الدوام فى عين أخرى ، واتصال الإبدال جرى مجرى الأعيان ، وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض » (٢)

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، الجزء الرابع ص ٢٨٦ .

(٢) الشرح الكبير على المقنع ج ٦ ص ٢٤٣ .

١٠١ — وبهذا يتبين أن المذهب الحنفى وحده هو الذى شدد فى اعتبار الأصل فى الموقوف أن يكون عقارا ، أما غيره من المذاهب الأخرى فقد جوز الوقف فى العقار والمنقول على سواء ، مادام يمكن الانتفاع بالعين مع بقاء أصلها ، وإن لم يمكن ذلك استبدل بها غيرها .

ولقد جاء بعد ذلك القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م ، فجوز وقف العقار والمنقول من غير قيد ولاشرط إلا أن يكون المنقول فى الإمكان الانتفاع به مع بقاء عينه ، ولقد نصت على ذلك (المادة ٤٨) وهذا نصها :

« يجوز وقف العقار والمنقول . ولا يجوز وقف الحصة فى عقار غير قابل للقسمة إلا إذا كان الباقى موقوفا واتحدت الجهة الموقوف عليها ، أو كانت الحصة مخصصة لمنفعة عين موقوفة ، ويجوز وقف حصص وأسهم شركات الأموال المستغلة استغلالا جائزا شرعا » .

١٠٢ — هذا هو القانون المصرى ، وقد اقتبس منه القانون اللبنانى فى الوقف الذرى والوقف المشترك بين الخيرى والذرى ، وعلى ذلك يجوز فى هذا القانون وقف المنقول ، كما يجوز وقف العقار ، وقد نص على ذلك فى (المادة ١٥) وهذا نصها :

« يجوز وقف العقار والمنقول ، كما يجوز وقف حصص وأسهم الشركات المستغلة استغلالا جائزا وشرعا » ..

ونرى من هذا أن النص فى معناه يتلاقى مع النص المصرى ، ولكن (المادة الثالثة)من القانون اللبنانى تنص على أن أحكام هذا القانون تتناول الوقف الذرى المحض والوقف المشترك بينهما ، أما الوقف الخيرى المتعلق بالمعاهد الدينية والمؤسسات الخيرية فهو تابع للأحكام الشرعية والقوانين المرعية الخاصة به ، وللقرارات التى يتخذها المجلس الأعلى له .

وإذا أخذنا بظواهر هذا الكلام يكون جواز وقف المنقول خاصا بالوقف الذرى أو المشترك إلا أن يكون المجلس الأعلى للأوقاف هناك صرح بجواز وقف المنقول .

والتفرقة بين الذرى والخيرى بالنسبة للموقوف عليه معقولة لأن الخيرى يشترط له التأبيد فى قانون لبنان ، فيجب أن تكون العين الموقوفة من الأعيان المستمرة ، وهى تكون من أنواع العقار عادة ، أما الوقف الخيرى فإنه لايكون إلا مؤقتا فصح وقف المنقول ، وهو متلاق معه من حيث البقاء والفناء .

٢ ــ وقف المشاع

١٠٣ ــ يرتبط الكلام فى الشيوع بالكلام فى اشتراط القبض ، فالفقهاء الذين اعتبروا الوقف تاما من غير حاجة إلى القبض يجيزون الوقف مع الشيوع ، والذين قد اشترطوا القبض حكموا بأن الوقف لايتم مع الشيوع ، بل لابد من الإفراز والقسمة .

فمالك رضى الله عنه الذى شدد فى اشتراط القبض ، ولم يكتف منه بالتمكين ، بل اشترط الحيازة سنة كما بينا ، منع وقف المشاع قبل قسمته . لأن الحيازة لاتتم مع الشيوع .

ومحمد من أئمة الفقه الحنفى الذى اشترط القبض لتمام الوقف ، قرر أن وقف المشاع لايتم إلا بعد قسمته إذا كان قابلا للقسمة ، وعلى ذلك قسم المشاع الى قسمين :

أحدهما ــ مشاع يقبل القسمة وهذا لايتم الوقف فيه إلا بالقبض ، أما إذا كان المشاع لايقبل القسمة فإن الوقف يتم من غير حاجة إلى القسمة . وأساس التفرقة عند الإمام محمد أن المطلوب هو القبض الكامل ، وهو يختلف باختلاف الأشياء ، فالقبض الكامل فيما يقبل القسمة يكون بالقسمة ، لأنه لايكون القبض كاملا إلابها ، وهى ممكنة ، فلا يترك القبض

الكامل إلى الناقص مع إمكان الكامل ، والأعيان التى لاتقبل القسمة أكمل قبض فيها هو التمكين من الانتفاع بها ، فاكتفى فيها بهذا التمكين .

وأبو يوسف وغيره ممن لم يشترطوا القبض أجازوا وقف المشاع ، ويتم من غير حاجة إلى القسمة ، سواء أكان قابلا للقسمة أم لم يكن توسعة على الناس وتسهيلا عليهم ، وقد كان المعمول به فى مذهب الحنفية هو رأى أبى يوسف هذا ، واستمر معمولا به إلى أن جاء القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م .

ومع اختلاف الفقهاء فى شأن وقف المشاع ذلك الاختلاف قد اتفقوا على أن وقف المسجد والمقبرة لايتم إلا بعد القسمة ، لأنه لايتصور الانتفاع فيهما إلا بالإفراز والاستقلال ، إذ لايتصور أن يكون المسجد شهرا مسجدا ، وشهرا آخر خانا ، ولا يتصور أن تكون المقبرة سنة مقبرة ، وسنة أخرى مسكنا ، ولأن المسجد يقتضى الخلوص لله تعالى ، وذلك لا يتم مع الشيوع . وكذلك المقبرة لا يتم تحقق كونها مقبرة مخصصة لهذا النوع من حاجات المسلمين إلا بالإفراز .

١٠٤ ـــ هذا هو حكم الفقه فى وقف المشاع ، ولقد جاء القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م ، وأجاز وقف المشاع الذى يقبل القسمة بإطلاق ، وهو فى هذا أخذ برأى أبى يوسف وغيره من الأئمة ، لأن هؤلاء أجازوا الوقف مع الشيوع ، أما ما لايقبل القسمة فإن القانون قد منع وقفه إلا فى واحدة من أحوال ثلاث :

الأولى : أن تكون الحصة الأخرى موقوفة على الجهة التى أريد وقف الحصة الشائعة عليها ، كأن يكون قد وقف حصة فى مصنع على مستشفى وجعل المصرف شراء أدوية لها ، ثم بدا له من بعد ذلك أن يقف الحصة الأخرى على المستشفى على أن يكون المصرف هو مكافأة الأطباء ، ومثل ذلك أن يقف حصة من العقار غير القابل للقسمة على عمارة مسجد ، ثم يقف من بعد ذلك الحصة الأخرى على المسجد ، على أن يكون المصرف هو إقامة الشعائر فى المسجد .

وأن هذا يقتضى أن تكون الحصة الأولى قد وقفت قبل صدور القانون أو بعده فى حال مرض الموت أو ما يشبهها ، لأنه لا يتصور وقف شائع غير قابل للقسمة بعد صدور القانون ، إذ أن ذلك قد منع بعد صدوره إلا فى حال مرض الموت أو ما يشبهها ، ويقتضى هذا أيضا أن يكون الوقف الثانى للحصة الشائعة قد صدر بها كلها من غير تجزئة ، لأن المقصود هو ألا يكون الوقف مشتركا مع غيره شركة لاتقبل القسمة ، ووقف جزء من الحصة الباقية يوجب استمرار الشيوع .

الحال الثانية ــ أن تكون الحصة الأخرى من المشاع مخصصة لخدمة عقار موقوف ، كأن يكون الوقف حصة شائعة فى رافعة مياه آلية ، أو ساقية ، والجزء الآخر كان مخصصا لخدمة عقار موقوف ، وظاهر القانون أنه يجوز أن يكون الجزء الأول كان موقوفا لخدمة عقار مصرفه غير مصرف الثانى ، والجهة ليست متحدة ، كالشأن فى الحال الأولى ، وذلك لأن الصيغة ذكرت مطلقة غير مقيدة ، ولا سبيل لتقييدها من غير قرينة أو لفظ مقيد ، ولايصح أن تقاس هذه الحال على الأولى ، لأن الشركة فى عين العقار الموقوف تؤدى إلى النزاع كثيرا ، أما الشركة فى المرافق المخصصة لخدمة العقار فلا تؤدى إلى نزاع مثل الشركة فى عين العقار ، وإن أكثر العقارات تشترك مرافقها ، وإن كان النزاع يجرى أحيانا ففى دائرة محدودة ، وإن كانت الأعيان المشتركة فى مرفق موقوفة ، فإن النزاع الضئيل يكون له حاسم ، وهو يخف من تلقاء نفسه لأن المتنازعين لايكونون مالكين للرقبة .

الحال الثالثة ــ أنه يجوز وقف الأسهم والحصص فى الشركات التى تغل بطريق جائز شرعا ، وإن هذه الأسهم وتلك الحصص ، وإن كانت تدل على ملكية شائعة فيما لا يقبل القسمة ــ لايؤدى الشيوع فيها إلى نزاع ، وهى يجرى فيها البيع والشراء ، وهى فى عرف التجارة أموال قائمة بذاتها ، تشبه عروض التجارة ، إذ يتجر فيها ، وهناك رجال مال عملهم الاتجار فى هذه الأوراق ، فهى فى ذاتها تشبه الأموال المنقولة ، ولا يلتفت فيها عند

البيع والشراء إلى كونها حصصا شائعة ، إلا بقدر مركز الشركة المالى والاستغلالى ، وقوة ميزانيتها .

١٠٥ — هذا ويلاحظ أن مشروع ذلك القانون كان يمنع وقف المشاع بإطلاق ، ولو كان مشاعا يقبل القسمة ، ولذا جاء فى المذكرة الأولى التى صحبت ذلك المشروع ما نصه :

« دلت الحوادث على أن الشيوع بين وقفين أو وقف وملك كثيرا ما يعطل مصالح الوقف ، فقد وجد أن الناظرين أو الناظر والمالك لايتفقان على العمارة ، بينما تكون أعيان الوقف فى حاجة إليها ، وأحيانا يستبد المالكون الذين يسكنون أعيان الوقف ، فيصرفون جميع الأجرة أو أكثرها فى العمارة ، لمصلحتهم ، وغير ذلك كثير من أنواع الضرر الناتج من الشركة ، والقسمة قبل الوقف أسهل منها بعده ، فقد لا يجد الناظر ما يكفى لمصاريف قضية القسمة ، أو لايهتم بالقسمة ، لذلك رؤى الأخذ بمذهب مالك فى عدم جواز وقف المشاع الذى لايحتمل القسمة ، وبمذهب محمد فى عدم جواز وقف المشاع الذى يحتمل القسمة » .

ولكنه فى الأدوار التى مر بها القانون عدل عن فكرة منع الوقف فى المشاع بإطلاق واقتصر فى المنع على ما لايحتمل القسمة .

فى القانون اللبنانى :

١٠٦ — والقانون اللبنانى أجاز وقف المشاع الذى يقبل القسمة ، ومنع وقف المشاع الذى لايقبل القسمة ، إلا إذا كانت الحصة الموقوفة شائعة قد اتحدت فى الجهة بالحصة الأخرى التى كانت موقوفة من قبل . وقد نصت على ذلك (المادة ١٦) ، وهذا نصها :

« ولا يجوز وقف المشاع فى عقار غير قابل للقسمة إلا إذا كان الباقى منه موقوفا ، واتحدت الجهة الموقوف عليها » .

ويرى من هذا أنه لم ينص على الحالين الأخريين اللتين ذكرهما القانون المصرى .

أولاهما ـــ حال ما إذا كانت الحصة الشائعة التى استحدث وقفها مخصصة لخدمة عقار موقوف قد خصصت الأولى لخدمته ، فهما متحدان من حيث الخدمة لعقار موقوف ، ويظهر أن القانون اللبنانى لم يلتفت إلى هذه الحال ، وجزء منها بلاشك داخل فى المادة السابقة ، وهى حال ما إذا كانت جهة الوقف واحدة ، وكلتا الحصتين مخصصة لخدمته ، لأن ذلك من نوع اتحاد الجهة ، أما بقية ما تشمله الحال الثانية ، وهى ما إذا لم تكن الجهة متحدة ، فإن النص لايشملها .

والحال الثانية التى لم ينص عليها فى القانون اللبنانى ، وهى حال وقف الأسهم والحصص المستغلة استغلالا جائزا شرعا ، وأن القانون وإن لم ينص عليها فى المادة التى تبين حكم الوقف فى المشاع ، قد نص عليها فى باب وقف المنقول ، وهى (المادة ١٥) فقد جاء فيها : « يجوز وقف العقار والمنقول ، كما يجوز وقف حصص وأسهم الشركات المستغلة استغلالا جائزا شرعا » .

وبذلك يتبين أنه اعتبر وقفها جائزا ،وألحقها بالمنقول ، ولذلك وجه من الفقه ، لأنه يجرى فيها البيع والشراء كعروض التجارة على سواء .

٣ ـــ ملكية الواقف للعين المراد وقفها

١٠٧ ـــ قد اتفق الفقهاء على أن الوقف لايكون إلا فى عين مملوكة لصاحبها ملكا باتا ، وأن تكون معرَّفة تعريفا كاملا ، فإذا كانت معروفة بالشهرة اكتفى بشهرتها عند الحنفية ، وإن لم تكن معروفة بالشهرة ، وجب حدها بحدودها الأربعة ، ولكن جرى العمل فى كل التوثيقات الخاصة بالعقود الناقلة للملكية أو ما يشبهها على ذكر الحدود الأربعة وعدم الاكتفاء بالشهرة ، لأن هذه العقود تستمر أحكامها آمادا طويلة ، وقد يأتى وقت تزول شهرتها مع بقاء حكمها ، فيجب أن تكون الوثيقة شاملة لبيانها ما دام حكمها قائما ، وذلك يحددها بالحدود الأربعة المحيطة بها .

ولنترك ذلك الأمر الشكلى إلى أمر آخر جوهرى ، وهو ملكية الواقف

للعين المراد وقفها . فقد اتفق الفقهاء عليه . وذلك لأن الوقف تصرف يلحق رقبة العين الموقوفة ، فلابد أن يكون الواقف مالكا لها ، أو على الأقل يملك التصرف فى الرقبة بالوقف ، وذلك بالوكالة ، عن صاحب العين الموقوفة أو الوصاية منه ، وإذا كان الواقف لايملك العين أو لايملك التصرف فيها بالوقف ، فإن الصيغة لاينعقد بها وقف ، وقد تكلم الفقهاء فى صور تتعلق بذلك .

١٠٨ ـ ومن ذلك ما إذا كان العقار الموقوف قد اشتراه الواقف على أن يكون للبائع حق الفسخ مدة معلومة ، وهذا ما يسمى خيار الشرط ، فإذا وقف البائع العين المبيعة ، فإن وقفه يكون صحيحا ، ويكون هذا فسخا للبيع ، لأن العين لم تخرج من ملكه ، وإذا وقف المشترى فإن الوقف لاينعقد نافذا ، لأن الملكية لم تنتقل إليه ، وإذا كانت قد انتقلت على رأى بعض الفقهاء ، فإنها لم تنتقل إليه نقلا باتا غير قابل للنقض من البائع ، إذ له حق الفسخ ، ولكن إذا انتهت مدة الخيار من غير فسخ فإن الملكية تنتقل نقلا باتا إلى المشترى .

وإذا كان الذى اشترط الخيار لنفسه هو المشترى ، فإنه إذا وقف يقع وقفه صحيحا نافذا ، لأنه مالك ، وبوقفه بُتَّ العقد ، وأزال حق الفسخ الذى كان له ، وإذا وقف البائع فإن وقفه لايصبح نافذا .

١٠٩ ـ ومن هذه المسائل من يقف ما لايملك ولا يوجد عقد يسوغ التمليك ، وهذا يشمل وقف الغاصب ووقف الفضولى ، ولقد فرق بعض الفقهاء بين وقف الفضولى ، ووقف الغاصب ، فوقف الغاصب يكون غير صحيح ، لأنه وقف ما لايملك على أنه يملك ، وأما وقف الفضولى فإنه يتوقف على إجازة صاحب الشأن . وذلك لأن الفضولى ، وهو يقف يسند الملك لغيره ، فيكون الأمر فى هذا إلى تعرف إرادة ذلك الغير ، ولذا لاينعقد عقد الفضولى غير صحيح ، بل يكون قابلا للإجازة والنفاذ .

والأصل فى هذه المسألة هو فى التصرف فى ملك الغير الذى يكون موقوفا . أيشترط أن يكون تصرفه على أساس أنه لايملك أم يجوز ؟ ولو

كان تصرفه فى ظاهره على أساس أنه يملك ، فقد جاء فى البحر تعليقا على عبارة الكنز « ومن باع ملك غيره للمالك أن يفسخه » . فقال صاحب البحر :« ولو قال المصنف ــ أى صاحب الكنز ــ رحمه الله تعالى : وباع ملك غيره لمالكه لكان أولى ، لأنه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا ، كما فى البدائع » (١) .

وعلى مقتضى هذا الكلام يكون من يبيع ملك غيره على أنه مالك له كالغاصب ، بيعه غير منعقد ، فلا يقبل إجازة . ومن يبيع ملك غيره على أنه يبيع للمالك وعلى أنه غير مالك يكون فضوليا فيكون البيع قابلا للإجازة . ومثل ذلك الوقف ، فمن يقف على أنه مالك ، والعين ليست مملوكة له يكون وقفه باطلا ، ومن يقف ما لايملك ويسند الوقف لغيره ، فإن وقفه يكون قابلا للإجازة ، ولا يصدر باطلا .

ولكن تخريج صاحب البحر هذا لم يوافقه عليه أكثر الشراح والمخرِّجين ، ولقد قال الخير الرملى فى التعليق على قول البحر أن الذى يقبل الإجازة هو ما إذا باع ما لايملك على أنه يملكه : لم يذكر أحد من مشايخ المذهب الواضعين للمتون هذا القيد ، وأقول تركه متعين ، يدل عليه توقف بيع الغاصب كما صرحوا به من غير تقييد ، وكما صرحوا به فى باب الاستحقاق من أن استحقاق المبيع يوجب توقف العقد على الإجازة لا نقضه فى ظاهر الرواية ، والظاهر أن ما قاله فى البدائع رواية خارجة عن ظاهر الرواية » (٢) .

وبهذا يتبين أنه يتوقف على الإجازة كل بيع من غير مالك ، ولو كان البائع قد باعه على أنه يملكه ، ومثل البيع فى هذا الوقف . فلو وقف ما لايملك على أنه يملكه ، فالوقف لايكون باطلا ولكن يتوقف على إجازة المالك .

---

(١) البحر جـ ٦ ، ص ١٦٣ .

(٢) صورة هامش الكتاب المذكور .

وبمقتضى هذا تكون صيغة الوقف إذا صدرت ممن لايملك ، فإنها تتوقف على إجازة المالك ، سواء أكان وقفه على أنه يملكه أو وقفه على أنه لايملكه .

وعلى ذلك إذا استحق الوقف بأن ظهر أن الواقف لم يكن مالكا للوقف ،فإن المالك له أن يجيز الوقف وله أن يبطله .

وذلك إذا كان المالك لايملك الإجازة . فإن الوقف يكون باطلا ، كأن يكون المالك فاقد الأهلية أو ناقصا ، فإنه لايملك الإجازة ، وكذلك إذا كان من تحت يده الأعيان ليس مالكا ، ولايملك أن يقف كالولى المالى على القصَّر . فإنه لايملك أن يقف ، لأن الوقف تبرع ، وهو لايملك التبرع من مال القاصر .

الإرصاد :

١١٠ ــ ومثل ذلك ولى الأمر بالنسة لأراضى بيت المال ، فهو لايملكها ، ويده عليها كيد الولى على مال القاصر ، ولذلك لايملك وقفها ، ولكنه يملك أن يخصص غلة بعضها للإنفاق على علماء الدين ، أو على المساجد ، إذا لم تكن الأوقاف عليها كافية لعمارتها أو لإقامة الشعائر فيها ، أو يخصص بعض الغلات للإنفاق على الفقراء إذا لم يكف بيت مال الزكاة لسد حاجتهم .

وقد قال الفقهاء إن تخصيص بعض عقار بيت المال لبعض مصارفه يسمى إرصادا ، ولايسمى وقفا ، وهو لايأخذ كل أحكام الوقف ، والسبب فى أنه ليس وقفا ، أن الواقف لابد أن يكون مالكا للعين الموقوفة أو نائبا عن المالك ، ويجوز له أن يقف ، ويد ولى الأمر يد نائبة عن المسلمين ، فليس مالكا ، ولا يملك أن يقف .

ولكن مع ذلك قرر بعض فقهاء الشافعية والحنفية أن الإرصاد يأخذ بعض أحكام الوقف من حيث إنه لايجوز لولى الأمر أن يغير فى هذا التخصيص . وقد رأينا فى المقدمة التاريخية أن الفقهاء وقفوا فى وجه الظاهر برقوق عندما أراد تغيير بعض مصاريف الإرصاد ، فقد ذكر سراج الدين

البلقينى أن ذلك غير جائز ما دام المصرف مما يجب على ولى الأمر سده .

وإن ذلك النظر له وجهه إذا كان المصرف الذى رصدت له غلات عين لايزال محتاجا لهذا الإنفاق ، ولم يكن ثمة مصرف أولى منه ، ولنضرب لذلك مثلا ، إذا أرصد للعلماء ريع عقارات معينة من أراضى بيت المال ، ثم قدرت لهم مرتبات من أوقاف ، أو ناحية من نواحى بيت المال الأخرى ، فإنه حينئذ يجوز صرف ريع ما رصد لهم فى أبواب أخرى من أبواب الصرف . وكذلك إذا وجد مصرف آخر أهم من الصرف على العلماء . كأن تكون الدولة فى حال حرب ، ونضبت الموارد المخصصة للحرب ، فإنه يجوز الأخذ من الإرصاد المخصص للعلماء ، تقديما للمصلحة الكبرى على المصلحة التى دونها ، ودفعا للضرر الأكبر باحتمال الضرر الأصغر . والخلاصة أن الإلزام بالإرصاد ليس مطلقا ، بل ثابت فى حال ما إذا كان الوجه الذى أرصد له لامورد له . ولم يكن ثمة مصرف أشد حاجة منه .

أراضى الحوز :

١١١ — ومن الأراضى التى لايجوز لبيت المال وقفها أراضى الحوز ، وهى الأراضى التى لم يدفع أصحابها ما عليها من خراج فاستولى عليها بيت المال ، واستغلها مدة استوفى فيها من غلتها ما عليها من خراج ، فإن يد ولى الأمر ليست يد مالك شخصى له ، وهى ليست من أراضى بيت المال التى يديرها ولى الأمر بصفة دائمة ، إنما هى أراض يديرها بالنيابة عن أهلها الذين أبقيت تحت أيديهم وأيدى أجدادهم من قبل . وإذا كان ما يديره بيت المال من أراضيه لايجوز لولى الأمر أن يقفه ، بل يجوز أن يخصص منفعته لبعض مصارف الدولة ، فأولى ألايجوز وقف هذه الأراضى التى يديرها نيابة عن أهلها ، حتى يستوفى ما عليها من خراج .

ويلاحظ أن الأراضى الخراجية لاتعد ملكا لأصحابها من كل الوجوه ، ولذلك لم تجز الدولة وقفها حتى الدولة الفاطمية ، ثم أجيز وقفها من بعد ذلك ، ويكاد الفقهاء من بعد ذلك يجمعون على سلامة هذا الوقف ، مع أنهم يقررون أن ما يؤخذ منها أجرة ،ويقررون أنها فى الأصل موقوفة

على مصالح المسلمين بمعنى أن مايؤخذ منها ينفق على مصالح الدولة الإسلامية ومرافقها وحاجات الجند فيها إلى غير ذلك مما يقوم عليه بناء الدولة .

ولعل إجماع المفتين على جواز وقفها أساسه أن فيها نوع اختصاص ، ولأنهم مالكون للمنفعة ، ولكن مهما يكن في الأمر من تخريج ، فإنه لايخلو من تسامح في تطبيق النظريات الفقهية التي تقرر أن الواقف يجب أن يكون مالكا للعين الموقوفة ، إلا إذا قلنا إنهم يجوزون وقف الحوز

الإقطاعات :

١١٢ ـــ الإقطاعات هي الأراضي التي يدفعها ولي الأمر لبعض الناس ليزرعوها ، أو لينتفعوا بها نظير مال يدفعونه أو لإحيائها على أن يفرض فيها ما يفرض في مثلها .

ولذا نقول : إن الإقطاع قسمان : إقطاع استغلال ، وهذا لاتثبت فيه ملكية للرقبة ، والقسم الثاني إقطاع إحياء للموات ، وهذه تؤدي إلى الملكية على ما هو مقرر من أن من أحيا أرضا ميتة فهي له .

وإن القسم الأول لايثبت ملكية ، ولذلك لايصح وقفه على رأي من يقول أن ملكية الرقبة شرط ، إذ أن المالك إنما يملك المنفعة فقط ، لأن الإقطاع كان مقصورا عليها ، فيده يد مستأجر والمستأجر لاسلطان له على الرقبة حتى يقفها .

أما النوع الثاني من الإقطاع فإنه إذا تم إحياء الموات ، فإن الوقف يجوز وينعقد صحيحا ، لأنه وقف ما يملك .

وقف المنافع والحقوق :

١١٣ ـــ كل ما تكلمنا فيه كان على أساس أن الوقف في الرقبة ، ولم نتعرض للكلام في وقف المنافع والحقوق ، وإن الذي نستظهره من أقوال الفقهاء أن الحق إذا كان مجردا فإنه لايوقف ، كحق المستأجر في المنفعة ،

فإنه لايجوز وقفه ، لأن هذه حقوق شخصية ولاتتجه إلى الأعيان عن طريق ذمة .

وإذا كان الحق متعلقا بعين فإنه يتبع هذه العين ، فإذا كانت العين يصح وقفها فإنه يجوز وقف الحق تبعا لها . ولقد نص فقهاء الحنفية على أنه تجوز الوصية بحقوق الارتفاق ، فهل يجوز وقفها أيضا ، ونقول فى ذلك أن الوقف إذا كان منصبا على العين التى تعلق بها الارتفاق كمجرى الشرب ، فإن الوقف يجوز بمقتضى القواعد الفقهية على أساس أن ذلك عقار يجوز وقفه ما دام معينا محدود المعالم .

وهنا يجىء النظر فيما إذا كان ذلك الحق لايتعلق بعقار ، بل يتعلق بمنقول ، فهل يجوز وقف المنقول الذى تعلق به الحق ، ولنضرب لذلك الأمثلة الثلاثة الآتية :

١ ــ **حق الجدك** : وهو ما يقوم به مستأجرو الحوانيت فى حوانيتهم من إصلاحات بزيادة أعيان قائمة فيها على وجه القرار ، وإن لم تكن متصلة بالأرض ، مثل ما يركب فى العقارات من أبواب من الصاج ، ورفوف ، ومثل ما يضعه الصيدلى ، وأصحاب المقاهى والعطارين وغيرهم فى حوانيتهم ، ويصح أن يعد من الجدك أيضا ما يجريه مستأجرو الحوانيت من توصيل المياه إلى الحوانيت ، ومد أنابيبها فيها ، وتوصيل التيار الكهربائى إليها بوضع أسلاكه وعداده ، فإن هذه توجد فى الأوقاف حقوقا لواضعها ، وهى أولويته فى الإجارة ما دام يدفع أجرة المثل ، فهل يوقف هذا الحق أو ما يتعلق به .

٢ ــ **البناء والغراس** : ومن المقرر أن مستأجر الوقف له أن يغرس فيه ويبنى إذا أذن له ناظر الوقف ، فإذا بنى أو غرس كان الأولى بالإجارة مادام يدفع أجرة المثل ، فهل يوقف ذلك الحق ، أو يوقف ذلك البناء .

٣ ــ **شد المسكة** : وهو حق البقاء والقرار فى أرض الوقف إذا كانت غير صالحة للزراعة فأصلحها ، ولقد جاء فى رسائل ابن عابدين : « قد يثبت حق القرار بغير البناء والغراس ، بأن تكون الأرض معطلة ،

فيستأجرها ليصلحها للزراعة ويحرثها ويكبسها ، وهو المسمى بشد المسكة ، فلا تنزع من يده مادام يدفع ما عليها ، على أن ذلك الحق يسقط بمضى ثلاث سنوات يهملها فيما بعد إصلاحها . وقد قال ابن عابدين فى ذلك : « لا ترفع أيديهم عنها بغير وجه ، إذ المقصود منها متوافر ، ومن فرغ لمزارع صالح ، فقد أتى بصالح ، ولم يعمل عملا غير صالح فيصح ولا اعتراض عليه ، فلا ترفع أيدى المزارعين عنها بغير حجة . حيث قاموا بزراعتها ، وأدوا ما عليها ، ولا جناح على من تركها سنة أو سنتين ، لتغل الغلة المرغوب فيها ، فلا يقابل بالمنع والدفع لغيره ما لم يكن خائنا أو عاجزا ، أو تاركا لها ثلاث سنوات متتاليات ، فهل يوقف ذلك الحق ، أو يوقف ما كان سببا فيه .

١١٤ ـــ فهذه الحقوق لايجوز وقفها بوصف كونها حقوقا ، ولكن بمقتضى أنها متعلقة بمنقولات فإنه يجوز وقف هذه المنقولات ، فيجوز وقف البناء والغراس عند أحمد ومالك ، واعتبارهما من المنقول هو مذهب أبى حنيفة . أما مذهب مالك وغيره فهى عقار فيه .

وكذلك يجوز وقف أدوات الجدك باعتبار أنها منقول ، والمنقول يجوز وقفه عند أحمد ومالك .

وبالنسبة لشد المسكة فنقول إذا كان الإصلاح بوضع روافع ثابتة للمياه فإنه يجوز وقف هذه الروافع الثابتة .

وإذا تم وقف المنقول ، فإن الحقوق التى ثبتت بسبب هذه المنقولات تثبت للوقف .

وإن هذا كله يثبت بمقتضى القواعد الفقهية المقررة ، فإن هذه المنقولات يجوز بيعها ، ويجرى فيها الميراث ، ومن تئول إليه ملكيتها ، فإنه يئول ما ثبت بسببها من حقوق ، وإن كل ما يجرى فيه البيع يجرى فيه الوقف ، فيجرى فيها الوقف بمقتضى هذه القواعد .

١١٥ ـــ وفى مذهب مالك أمر يتعلق بالبيع لم نعثر عليه فى المذاهب

الأخرى ، وهو بيع الهواء ، فإنه من المقرر أنه يجوز بيع هواء أرض ، أو بيع هواء مرتفع فوق البناء ، فقد جاء فى الشرح الكبير ما نصه :

« وأما بيع هواء فوق أرض ، كأن يقول إنسان لصاحب أرض بعنى عشرة أذرع من الفراغ الذى فوق أرضك أبنى فيه بيتا ، فيجوز ولا يتوقف الجواز على وصف البناء ، إذ الأرض لاتتأثر بذلك » .

وإذا كان الهواء يجوز بيعه فهل يجوز وقفه فى مذهب مالك رضى الله عنه ، الظاهر أنه يجوز ، وتكون منافع البناء مقسومة بين مالك الأرض والجهة الموقوفة عليها الأرض ، والوقف الذى يتبعه البناء ، وإذا كان فى الموضوع نظر فهو من جهة القبض ، فإذا أمكن تمام القبض فى هذا فإن الوقف يجوز ، والله سبحانه وتعالى أعلم . وكذلك الأمر فى وقف المنقولات التى أعطت حق الأولوية فى الإجارة .

الواقف

١١٦ ـــ الوقف من التبرعات ، ولذلك اشترط فى الواقف أن يكون من أهل التبرعات بأن يكون بالغا حرا غير محجور عليه لسفه أو غفلة ، على نظر فى ذلك بالنسبة للسفيه وذى الغفلة .

وقف الرقيق :

وقد اشترط الحرية ، لأن العبد لايملك ، إذ العبد وماملكت يداه لسيده ، وإذا كان العبد مأذونا له فى التجارة فإن الإذن لايتناول إلا مايكون من شأن التجارة ، ولذلك لايتناول التبرعات ، فوقف العبد على هذا يكون غير مأذون فيه .

وقد خالف الظاهرية فى هذا فقرروا أن العبد يملك مايئول إليه بميراث أو تبرع ، وإذا كان العبد يملك فبمقتضى ذلك تحرز له التصرفات التى تصدر عن المالك ، وعلى ذلك يجوز منه الوقف ، ولو كان تبرعا محضا .

وقد اتفق الفقهاء على أن وقف العبد يجوز إذا كان بإذن مولاه ، لأنه يكون نائبا عنه ، وتجوز نيابة العبد ، ولو لم يكن مأذونا له بالتجارة ، وإذا كان مأذونا له بالتجارة يجوز الوقف أيضا بإذن مولاه لمعنى النيابة ، إذا كانت تجارته غير مستغرقة بالدين ، فإن كانت مستغرقة بالدين ، فإنه لابد من إذن الدائنين ، وقد جاء فى فتح المعين على منار السالكين ، « إنه لم يظهر وجه القول بعدم صحة وقف الرقيق ، إذا أذنه سيده والغرماء ، والظاهر الصحة فى الوقف ، لأنهما إذا آذناه بالوقف فقد أبطلا حقهما فى الموقوف ، وذلك أمره إليهما » .

وفى الحق أن إذن السيد إنابة ، والوقف بالتوكيل جائز ، وأما إذن الغرماء فهو إسقاط لحقهم فى حبس العين لأجل استيفاء الدين ، وحق حبس العين كحق الرهن يقبل الإسقاط ، وإذا سقط يبقى الأمر بالنسبة للعبد من حيث إنه لايجوز التبرع منه إلا بإذن سيده .

وقف المجنون والمعتوه :

١١٧ — الجنون مرض يستر العقل ويمنعه من الإدراك السليم ، والعته مرض يصيب العقل فيجعل الإدراك ناقصا ، فهو نوع من الجنون ، وكأن الجنون درجتان : درجة يمنع الإدراك فيها ، ودرجة ينقص فيها الإدراك ، قد يسمى بعض الفقهاء حال الإفاقة للمجنون جنونا مطبقا — حال عته ، لأنه لايكون الإدراك كاملا .

وقد يجعل بعض العلماء العته مقابلا للجنون ، فكلاهما يزيل العقل ويستره ، ولكن الجنون يصحبه هياج ، والعته لايصحبه هياج ، والجنون قسمان جنون مطبق ، وهو الذى يستمر شهرا فأكثر ، وجنون غير مطبق ، وهو الذى يستمر مدة دون الشهر .

وعلى اعتبار العته مقابلا للجنون وأن كليهما يزيل العقل أو يستره يكون المجنون والمعتوه كلاهما فاقد الأهلية إذ ليس له إدراك .

وعلى اعتبار العته مرتبة دون مرتبة الجنون ، من حيث إنه ينقص العقل ولايزيله يكون المعتوه ناقص الأهلية .

والوقف لايصدر عن المعتوه ولاالمجنون ، لأن كليهما ليس من أهل التبرع ، والمجنون بالاتفاق ساقط العبارة ، إذ عبارته لغو لايلتفت إليها ، ولايؤدى بها معنى شرعى ، والمعتوه إذا اعتبرناه ناقص الأهلية وليس فاقدها لايصح منه الوقف ، لأنه تبرع ، وناقص الأهلية ليس أهلا للتبرعات .

وقف الصبى :

١١٨ — والبلوغ شرط لإنشاء الوقف ، وعلى ذلك لايصح وقف الصبى ، سواء أكان مميزا أم كان غير مميز ، والصبى المميز هو الذى يعرف معنى العقود ، فيعرف معنى الهبة ، ومعنى البيع ومعنى الشراء ، وغير المميز هو الذى لايعرف معانى العقود ، وأدنى حد التمييز هو سبع سنين .

وقد روى فى بعض كتب الفقه أن وقف الصبى المميز يجوز بإذن القاضى

فقد جاء فى الفتاوى الهندية أن وقف الصبى المميز يكون صحيحا بإذن القاضى .

وقد نسب ذلك القول إلى الفقيه أبى بكر الأصم ، ولكن المنقول فى ظاهر المذهب أن وقف الصبى باطل ، سواء أذن له القاضى أم لم يأذن ، وذلك هو الذى يتفق مع القواعد العامة ، ذلك لأن الصبى المميز ناقص الأهلية وناقص الأهلية لايملك التبرع ، ولايجوز للولى أن يتبرع من ماله بإذن القاضى أو بغير إذنه ، والقاضى ذاته لايملك التبرع فكيف يملك الإذن إذ أن فاقد الشىء لايعطيه ، ومن لايملك تصرفا لايملك الإذن به .

ويظهر أنه بمقتضى القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ م يجوز أن يقف الولى المالى على الصغير بإذن من القاضى ، وذلك لأن المادة الخامسة من هذا القانون أجازت للولى المالى التبرع من مال الصغير ، فقد جاء فيها مانصه :

« ولايجوز التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى بإذن المحكمة . وإذا كان التبرع يقتضى وقفا على أمر إنسانى عام ، كوقف غلات أسهم لبعض جهات النفع العام ، أو كوقف عقار أو منقول على مستشفى ، فإنه يجوز بإذن محكمة الأحوال الشخصية والدوائر الحسبية ، لأن ذلك يخرج عن أنه تبرع فى واجب إنسانى عام تنطبق عليه المادة الخامسة التى ذكرناها .

١١٩ — والصبا ينتهى على رأى جمهور الفقهاء بالبلوغ الطبيعى ، وهو بلوغ الصبى مبلغ الرجال من ناحية الحياة التناسلية ، وبلوغ الأنثى مبلغ النساء من هذه الناحية ، وهذا تطبيق لقوله تعالى : « **وابتلوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم** »(١) .

وإذا لم تظهر هذه الأمارات فإن البلوغ عند جمهور الفقهاء يكون ببلوغ خمسة عشر عاما وهو رأى الصاحبين فى المذهب الحنفى ، وعند أبى حنيفة رضى الله عنه يكون بلوغ الصبى ببلوغ ثمانية عشر عاما ، وبلوغ الصبية ببلوغها سبعة عشر عاما .

---

(١) سورة النساء — الآية ٦ .

ورأى الصاحبين هو المعمول به فى المذهب الحنفى .

ولكن جاءت القوانين الخاصة بالمجالس الحسبية منذ سنة ١٩٥٢م إلى أن صدر القانون رقم ١١٩ على اعتبار أن بلوغ الرشد المالى يكون ببلوغ إحدى وعشرين سنة .

وعلى ذلك يكون عندنا تقديران : **أحدهما** ـــ تقدير شرعى وهو بلوغ خمسة عشر عاما ، ويسمنيه القانونيون البلوغ الطبيعى ، وهو بلوغ التكليف الشرعى والتكليف القانونى ، فيعتبر الصبى مسئولا مسئولية جنائية منذ بلوغه هذه السن .

والثانى ـــ تقدير الرشد المالى ، ومعناه أن الصبى يتجاوز حد الصبا ببلوغ خمس عشرة سنة .

وما السن التى يعتبر الصبى فيها قد بلغ بالنسبة للوقف ؟ نقول أن المنطق يوجب أن نقول : إنه يتجاوز حد الصبا ببلوغ خمسة عشر عاما ، ولكن لاينال الرشد إلا ببلوغ الحادية والعشرين ، وهو حينئذ يعطى حكم السفيه فى الفترة مابين الخامسة عشرة ، والحادية والعشرين ، ويسرى على وقفه حكم وقف السفيه الذى سنبينه ، وذلك لأن هذه الفترة هى لإيناس الرشد ، التى نص عليه فى قوله تعالى : « **فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم** »[1] وبهذا التخريج يكون وقفهم صحيحا إذا أنشأوا صيغته ، وأذنت المحكمة به .

وقف السفيه وذى الغفلة :

١٢٠ ـــ الأصل الفقهى أن السفيه وذا الغفلة إذا حجر عليهما يكون وقفهما باطلا إذ أن الوقف تبرع ، والتبرعات لاتصدر إلا عن رشيد وليس عندهما هذا الرشد بعد الحجر عليهما ، وقد صرح الخصاف فى كتابه أحكام الأوقاف ببطلان الوقف من السفيه ، ومثله ذو الغفلة ، ووجه قوله ظاهر ،

(١) سورة النساء ـــ الآية ٦ .

ولكن فقهاء الحنفية وغيرهم قد صرحوا بأن وصية السفيه تجوز فى الثلث إذا كانت كوصية الرشداء العاقلين ، لأن الغرض من الحجر عليه المحافظة على ماله ، ولاضرر على نفسه فى هذا الشكل من الوصية . وفوق ذلك أن الوصية تدارك لما عساه يكون قد فاته من واجبات وتكليفات شرعية ، وهو مكلف كل التكليفات الشرعية ، فوجب أن يمكن من تدارك مافاته بالوصية فى دائرة الثلث ، وهو القدر الذى حده الشرع للوصايا النافذة من غير حاجة إلى إجازة الورثة ، وقد نص الإمام محمد على إجازة الوصية من السفيه .

وقد جاء المتأخرون من الفقهاء فقاسوا الوقف إذا كان على النفس ، ثم من بعده على من يشاء من جهات البر أو الورثة ، وذلك لأن هذا النوع من الوقف تتحقق فيه مصلحته ، وهو المحافظة على ماله لشخصه ، بل هو تأكيد ، وتثبت للمال . وقد قال كمال الدين بن الهمام فى ذلك : « ينبغى أنه إذا وقف المحجور عليه لسفه على نفسه ، ثم على جهة لاتنقطع أن يصح قول أبى يوسف القائل بصحة الوقف على النفس ، وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به حاكم ، وذلك لأنه ممنوع من التبرع ، والوقف على النفس لايعتبر تبرعا ، بل فيه حفظ للموقوف ، واستحقاق الغير له إنما هو بعد موته فلا يضر » .

وجاء فى النهر : « لو وقف بإذن القاضى على ولده صح عند البلخى خلافا لأبى القاسم الصفار »[1] . ونرى من هذا أن النهر يشترط لصحة الوقف إذن القاضى ، وما فى فتح القدير لكمال الدين بن الهمام لايشترط إذن القاضى .

وقد كان العمل فى المذهب الحنفى على أساس جواز الوقف على النفس ومن بعده على من يشاء ، ولكن جاء قانون المحاكم الحسبية والقانون المدنى العام فمنعا الوقف إلا بإذن المحكمة ، وهذا نص المادة ١١٦ — من القانون المدنى الجديد :

---

(١) حاشية ابن عابدين على البحر ص ٢٠٣ ج ٥ .

« يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا متى أذنته المحكمة فى ذلك » .

وبذلك يتبين أن الوقف بكل صوره فى مصر لايجوز إلا بإذن محكمة الأحوال الشخصية ، مادام الواقف سفيها أو ذا غفلة .

ولكن يلاحظ أنه لاموضع فى مصر وسوريا لتطبيق أقوال المتأخرين فى المذهب الحنفى ، لأن أولئك المتأخرين يقيدون جواز الوقف من هذين بأن يكون على نفسه أولا ، ثم من بعد ذلك من يشاء ، وهذا من الوقف الأهلى ابتداء . وقد ألغى الوقف الأهلى فى مصر والشام ، فأصبح كلام الفقهاء ليس ذا موضوع فى الجمهورية العربية المتحدة .

١٢١ — والسفيه عاقل ولكن تصرفاته المالية تجرى على غير مقتضى العقل والرشد ، فينفق ماله إسرافا وبدارا فى غير مواضع الإنفاق ، وقد يحرم نفسه وأولاده من الحاجيات ، وينفق ببذخ فى كماليات ، أو فيما لايرضاه عقل أو دين ، فعيبه ليس فى عقله ، ولكن فى تقديره للأمور .

وذو الغفلة هو الشخص الذى ينفق فى مواضع الإنفاق ، ولكن لايستطيع فهم المعاملات المالية ، بل يغبن فيها ، إما لانقطاعه عن الأسواق ، وإما بالثقة فى غير من هو أهل للثقة ، ومنشأ ذلك نقص فى الإدراك فى مواضيع البيع والشراء ، ولكن أيعد ذو الغفلة ناقص العقل ؟ إنه من المتفق عليه عند الفقهاء أن السفيه والمغفل كلاهما لاعيب فى عقله ، وإنما العيب فى التصرف والإرادة عند السفيه ، وفى إدراك مواضع الغبن ومواضع الكسب عند ذى الغفلة ، وقد يكون كلاهما ذا ذكاء شديد ولاعيب فيه فى غير المال ، فليست حال هذين كحال المريض بجنون أو عته ، لأن عقلهما سليم ، ولكن الاتجاه غير سليم ، والإدراك فى البيع والشراء ونحوهما غير سليم ، ولذلك يكلفان كل التكليفات الشرعية ، وهما مؤاخذان قانونا فى كل الأفعال الجنائية ، ولذلك لانوافق بعض المحاكم التى اعتبرت عيب ذى الغفلة عيبا فى العقل ، وقررت أنه ناقص العقل ، وعلى مذهب هذه المحاكم

لايكون ثمة فرق بين العته والغفلة ، مع أن الفرق بينهما واضح فى الحقيقة وفى الشرع ، وإن إزالة الغفلة من ذى الغفلة ليست بالطب ولكن بالتوجيه والتنبيه ، وهذا أدل شيء على أن العيب ليس فى أصل العقل ، وإنما هو فى الاتجاه والإدراك .

١٢٢ ــ والكلام الذى ذكرناه بالنسبة للسفيه وذى الغفلة ، إنما هو فى المحجور عليهما بحكم القاضى ، أما قبل الحجر فإنه لايسرى عليهما إلا مايسرى على الرشداء ، لأنهما رشيدان بمقتضى البلوغ ، وتغيير الحال لابد له من دليل ، وهو حكم القاضى بالحجر ، ولأن سبب الحجر أمر تقديرى فلابد من حكم القاضي ليكون فاصلا بين التقديرات المختلفة ، وهذا رأى أبي يوسف ، ورأى محمد أن الحجر على السفيه وذى الغفلة لايكون من وقت الحكم ، بل يكون من وقت قيام السبب لأن الأمور تستند إلى أسبابها ، وليس سبب الحجر هو حكم القاضى إنما السبب هو السفه والغفلة ، ولأن الحجر للسفه والغفلة لمعنى قائم بذات الشخص فأشبه العته والجنون ، والحجر للعته والجنون يكون من وقت وجودهما ، لامن وقت الحكم .

والعمل من قبل كان على مذهب أبي يوسف فى المذهب الحنفى ، وكانت المحاكم المصرية تسير على أساس أن الحجر يبتدىء من وقت طلب الحجر .

وقد جاء القانون المدنى الجديد ، فقرر أن الحجر لايكون إلا من وقت قرار المحكمة بالحجر ، ولم يفرق بين الحجر للسفه أو الغفلة ، والحجر للجنون أو العته ، إلا إذا كان الجنون معروفا شائعا أمره بين الناس ، وهذا نص المواد ١١٣ ، ١١٤ ، ١١٥ .

(مادة ١١٣) المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى القانون .

(مادة ١١٤) ـ ١ ـ يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر بعد تسجيل الحجر .

٢ ـ أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

(مادة ١١٥) ١ ـ إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف مايسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام .

٢ ـ أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا ، أو قابلا للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

وقف المدين :

١٢٣ ـ جمهور الفقهاء على أنه يجوز الحجر على المدين إذا كان مدينا بدين مستغرق لكل ماله ، وعلى أنه يجوز أن يبيع القاضى بعض أمواله سدادا لدينه ، ولو لم يحجر عليه ، ولو كانت أمواله غير مستغرقة بالدين ، وقد خالف أبو حنيفة فى ذلك على ماهو مقرر فى الفقه .

وقد اتفق الفقهاء الذين قرروا جواز الحجر على المدين عند استغراق ماله بالدين أنه لايجوز له أن يقف شيئا من الأموال التى حجر عليه فيها إلا بإذن من الغرماء ، وإذن الغرماء يعد إسقاطا لحقهم فى حبس العين لاستيفاء الدين .

وإذا كان المدين غير محجور عليه وهو صحيح لم تتعلق الديون بأمواله برهن أو نحوه ، أيجوز وقفه أم لا ؟! عبارات الفقه الحنفى وغيره على أن وقفه صحيح ، لأن الدين تعلق بالذمة ، ولم يتعلق بالعين ، فأمواله حرة تجرى عليها التصرفات الشرعية ، ومنها الوقف ، وقد جاء فى فتح القدير : « لو وقف المدين الصحيح ، وعليه ديون تحيط بماله ، فإن وقفه صحيح لازم لاينقضه أرباب الديون ، إذا كان قبل الحجر بالاتفاق ، لأنه لم يتعلق حقهم بالعين فى حال صحته » .

ولكن ظهر رأى فى المذهب الحنفى يقول : إن الوقف إذا قصد به الإضرار بالدائنين يكون باطلا ، ففى الدر المختار فى معروضات المفتى أبى السعود العمادى ، أنه سئل عمن وقف على أولاده وهرب من الديون هل يصح وقفه ، فأجاب « لايصح ولايلزم ، والقضاة ممنوعون من الحكم ويبطل الوقف بمقدار ماشغل الدين » .

وقد جاء فى ابن عابدين تعليقا على هذا الكلام مانصه :

« هذا مخالف لصريح المنقول ، كما قدمنا عن الذخيرة والفتح إلا أن يخصص بالمريض المدين ، وعبارة الفتاوى الإسماعيلية : لاينفذ القاضى هذا الوقف ، ويجبر الواقف على بيعه ووفاء دينه ، والقضاة ممنوعون من تنفيذه ، كما أفاد المولى أبو السعود » [١] .

وإن هذا الرأى الذى اختاره أبو السعود هو الرأى الراجح فى المذهب المالكى ، فالواقف إذا وقف إضرارا بالدائنين يكون لهم الحق فى إبطاله .

وهذا ماسار عليه القانون المدنى المصرى منذ كان فى مصر ذلك القانون ففى المادة ٥٣ من القانون القديم : « لايجوز لأحد أن يقف ماله إضرارا بمداينيه ، وإن وقف كان الوقف باطلا » .

١٢٤ ــ وقد جاء القانون الجديد ، فوضع قاعدة فى تصرفات المدين غير المعسر ، وقد ذكر ذلك فى المادتين ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، وإليك مافيهما خاصا مما يمس موضوعنا :

مادة ٢٣٧ ــ لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه ، إذا كان التصرف قد نقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته ، وترتب عليه إعسار المدين ، أو الزيادة فى إعساره ، وذلك متى توافرت فيه الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية .

---

(١) رد المحتار جـ ٣ ص ٦١٢ المطبعة الأميرية .

مادة ٢٣٨ — إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ويكفى لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو يعلم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر .

أما إذا كان التصرف تبرعا فإنه لاينفذ فى حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا .

ويستفاد من هذا أن الدائن له أن يبطل التصرف تبرعا أو غير تبرع بشرطين :

أولهما — أن يكون الدين مستحق الوفاء ، فإذا كان الدين مؤجلا ، ولم يحن وقت أدائه ، فإنه ليس له الاعتراض .

وثانيهما — أن يترتب على التصرف أن يعتبر المدين معسرا .

وهذا الشرطان يسوغان الاعتراض على التبرعات ، والمعاوضات المالية مع تحقيق هذين الشرطين ، وذلك الشرط هو أن يكون التصرف منطويا على غش وأن يكون من صدر له التصرف عالما بهذا الغش ، ويكفى فى تحقق الغش والعلم به أن يعلم أن المدين معسر .

وان هذه الشروط إنما هى لتحقق أن التصرف كان فيه إضرار بحقوق الدائنين ، فإنه لاضرر عليهم فى الوقف إذا لم تتحقق تلك الشروط :

ويستمر حق إبطال التبرع ، أو الوقف لمدة ثلاث سنين ، فإذا مضت ثلاث سنين من غير اعتراض على التصرف ، فإن حق الإبطال يسقط ، وقد نصت على ذلك المادة — ٣٤٣ ، وقد جاء فيها :

« تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف . وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه » .

هذا هو القانون بالنسبة للقواعد التى تسوغ للدائن إبطال التبرع ، ومنه الوقف .

وقف المرهون :

١٢٥ ـــ العين المرهونة تعلق بها حق الدائن ، فله أن يبيعها لاستيفاء دينه ، فإذا وقف شخص العين المرهونة فى دين عليه ، فإنه يكون وقفا لعين تعلق بها حق الغير ، ويكون الوقف غير نافذ فى حق المرتهن ، فإن أجاز الوقف نفذ فى حقه ، ويسقط حقه فى الرهن ، ويستمر الدين قائما ، ولكن يكون ثابتا فى ذمة الواقف ، وهو الدين ، وإذا لم يحجزلا يبطل الوقف ، بل يستمر قائما ثابتا نافذا بالنسبة للواقف ، وبالنسبة لحقوق المستحقين ، ولكن لايمنع ذلك من حقه فى البيع عند حلول الدين ، ووجوب بيع الرهن سدادا لهذا الدين ، وفى حال بيعه بالفعل يبطل الوقف .

ولكن قد جاء فى حاشية ابن عابدين على الدر المختار أنه إذا كان للواقف مال آخر أجبره القاضى على سداد الدين منه ، حفظا للوقف ولزومه ، فلا يباع الوقف لسداد الدين إلا إذا لم يكن للواقف مال آخر يسدد منه الدين .

وخلاصة القول أن المرتهن له حق الإجازة ، وليس له حق الإبطال ، ولايبطل الوقف إلا إذا بيعت الأعيان ، ولاتباع الأعيان إذا كان لدى المدين مال يسدد به الدين من غير العين الموقوفة ، وبذلك يحفظ حق الدائن ، وحق جهة البر التى وقف عليها .

وقف المريض مرض الموت :

١٢٦ ـــ مرض الموت هو المرض الذى يتصل بالموت ، ولو لم يكن الموت بسببه ، ويشترط لتحقيق أن المرض مرض الموت أن يغلب على الظن الهلاك منه ، وأن يكون من شأنه أن يميت ، وقد اختلف الفقهاء فى أمارته ، فبعض الفقهاء قال : إن من أماراته ، ألا يخرج من المنزل ، وبعضهم قال : إن أماراته أن يصلى من قعود لامن قيام ، وبعضهم قال : إن من أماراته

ألا يخرج من السرير إلا لحاجة تلزمه الخروج من السرير ، وهكذا يختلفون فى أماراته ، وان اتفقوا على حقيقته . وهو أن يكون من شأنه أن يهلك ، ويغلب على ظن المريض أن تكون فيه منيته ، ويتصرف فى ماله على هذا الأساس ، ولايعتبر المرض مرض موت إذا استمر أكثر من سنة .

وقد قرر الظاهرية أنه لافرق بين تصرف المريض مرض الموت وغيره ، فله أن يبيع ويشترى ويهب ، وفى الجملة كل ماللصحيح من تصرفات تكون للمريض مرض الموت ، وذلك لنفيهم للقياس ، ولأن منعه من التصرفات من قبيل سد الذرائع ، بأن يكون مقصده حرمان الدائنين من ديونهم ، أو الوارثين من ميراثهم فيرد عليه قصده .

وجمهور الفقهاء على أن المريض مرض الموت تتعلق بأمواله حقوق الدائنين وتتعلق بالثلثين حقوق الوارثين ، لأنه ورد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم فى آخر أعماركم بثلث أموالكم فضعوه حيث شئتم » والثلث الذى يثبت له حق التصرف فيه هو الثلث الباقى من الديون .

وفى حال حياة المريض هو كامل الأهلية يتصرف فى ماله كما يشاء ولايعترض على تصرفه فى حياته ، لأنه مادام لم يمت لم يتحقق أن المرض مرض موت ، فإذا مات فى مرضه كان الاعتراض على تصرفاته ، ومن التسامح فى التعبير أن يقال أن تصرفاته موقوفة مادام حيا ، فإنها نافذة ليس لأحد عليها اعتراض إلا بعد وفاته ، فإنه يكون لمن مست حقوقهم الحق فى إبطال مايمس حقوقهم الثابتة .

١٢٧ — هذه إشارات موجزة إلى تصرفات المريض مرض الموت ، وبعد ذلك نتجه إلى وقفه ، فنقول إنه إذا كان مدينا بدين يحيط بكل ماله ، فإن الدين يتعلق بكل أمواله من وقت حلول المرض به ، ويكون لهم بعد موته حق الاعتراض على كل التصرفات التى تمس ديونهم إلا مايكون منها متعلقا بالمحافظة على شخصه كثمن أدوية ونحوه ، وإلا مايتعلق بالمنافع ،

لأن حقهم فى رأس المال ، لافى المنافع ، ولأن حقوقهم تكون رهنا شرعيا ، والرهن بكل صوره لايمنع التصرف فى المنافع .

وحق الدائنين هو استيفاء ديونهم ، فإن لم يمكن استيفاء الديون إلا بنقل الوقف ببيع الوقف ، واستوفوا ديونهم ، ولايباع الوقف إذا ظهر له مال يسدد ديونهم ، وبقى مالا يزيد الوقف على ثلثه ، وفى هذه الحال لايكون الدين محيطا بالمال .

وإذا أجازوا الوقف كان ذلك إبراء لذمة المتوفى من الدين ، وعندئذ ينظر إلى حق الورثة فى أن يسلم لهم ثلثا الباقى ، لأن الدائنين لايملكون إنشاء الوقف ، إذ أن الأعيان قبل بيعها تكون على ذمة المتوفى ، وإذا أسقطوا حقهم فى الاستيفاء برئت ذمة المتوفى ، فيبقى حق الورثة فى سلامة الثلثين .

وإذا كان الدين غير محيط بماله وقف ماله كله ، فإن الدائنين يكون حقهم متعلقا بجزء من الوقف يعادل دينهم ، والباقى يكون بين الورثة والموقوف عليهم ، يكون للورثة الثلثان ، ويكون الثلث وقفا إلا إذا أجازوا الوقف ، فإنه ينفذ فى أكثر من الثلث ، وشأنه فى ذلك شأن الوصايا ، لأنه من المقررات الشرعية أن تبرعات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصايا .

وإذا لم تكن التركة مدينة بأى دين ، فإن الثلثين يسلمان للورثة إذا لم يجيزوا الوقف كله ، وما بقى يكون وقفا .

وهذا متفق عليه بين الفقهاء الذين قيدوا تصرفات المريض مرض الموت .

١٢٨ — ولكن كيف توزع غلات الوقف النافذ بين المستحقين ؟ ونقول إذا كان الوقف على غير وارث كالوقف على جهة بر ، فإن الوقف النافذ تصرف غلاته إلى جهة الاستحقاق ، فإذا كان الوقف على جهة بر ، فإن الغلات تصرف عليها على حسب شرط الوقف النافذ شرعا ، وكذلك إذا كان الموقوف عليه معينا ، ولكنه غير وارث ، كمن يقف على إخوته

وله أبناء يحجبونهم عن الميراث ، فإن النافذ من الوقف تصرف غلاته عليهم ، وإذا كان قد وقف لأولاد ابنه المتوفى أو غيره ، وله أبناء أحياء فإن الوقف ينفذ .

وإذا كان الوقف على بعض الورثة ولم يجز الورثة الآخرون فبمقتضى منطق الفقهاء الأربعة يكون الوقف نافذا ، ولكن لاتصرف الغلات مادام الموقوف عليه الوارث هو المستحق لها بمقتضى الوقف ، بل توزع الغلات توزيع الميراث ، فإذا وقف كل مايملك على ولده محمد ، ومن بعده على أولاده ثم أولادهم ، وله ورثة آخرون كابنته وزوجته وأمه ، فإن الوقف يبطل فى الثلثين إذا لم يجز بقية الورثة ، ولم يجز الموقوف عليه ، وفى هذه الحال يكون الثلث وقفا ، ولكن لاتصرف غلته لمحمد مادام حيا ، بل توزع الغلة توزيع الميراث على الورثة الشرعيين وفيهم محمد ، فيكون للزوجة ثُمُنُها ، ولأمه سدسها والباقى له مع البنت للذكر مثل حظ الأنثيين .

والأصل فى ذلك أن وقف المريض مرض الموت يأخذ حكم الوصية ، والوصية لوارث لاتجوز ، ولكن الوقف يتضمن استحقاق الوارث ومن يعقبه ، فمادام المستحق هو الورثة فإنه لاتصرف الغلات له ، وإذا انتقل الاستحقاق إلى غيره أصبح على غير وارث ، وقد حقق ابن نجيم فى البحر هذا الموضوع ، فقال :

« والحاصل أن المريض إذا وقف على بعض ورثته ثم من بعده على أولادهم ، ثم على الفقراء فإن أجاز الوارث الآخر كان الكل وقفا ، واتبع الشرط ، وإلا كان الثلثان ملكا بين الورثة ، والثلث وقفا مع أن الوصية للبعض لاتنفذ فى شىء ، لأنه لم يتمحض للوارث ، لأنه بعده لغيره ، فاعتبر الغير بالنظر إلى الثلث ، واعتبر الوارث بالنظر إلى غلة الثلث الذى صار وقفا ، فلا يتبع الشروط مادام الوارث حيا ، وإنما تقسم غلة هذا الثلث بين الورثة على فرائض الله تعالى ، فإذا انقرض الوارث الموقوف عليه اعتبر شرط الواقف فى غلة الثلث »[1] .

---

(١) البحر جـ ٦ ص ٢١٠ طبع المطبعة العلمية .

وإذا كان الموقوف عليه أكثر من واحد من الورثة ، ومات أحدهم يوزع نصيبه على حسب شرط الواقف ، ويستمر توزيع أنصبة الآخرين على حسب الميراث الشرعى ، وإن مات أحد الورثة غير الموقوف عليهم ، فإن نصيبه بفرضه حيا يذهب إلى ورثته ، ويستمرون يأخذون مادام أحد المستحقين من ورثة الواقف حيا ، وذلك لأن الوارث غير الموقوف عليه يستحق مايستحق باعتباره وارثه ، والمال الموروث يئول إلى الورثة إذا مات صاحبه ، فيجرى على الغلة حكم المال الموروث من كل الوجوه .

١٢٩ ــ ولايمنع الورثة من الاعتراض إذا وقف عليهم جميعا مادام الوقف فى مرض الموت ، فإذا وقف على كل أولاده ، وكان التوزيع بينهم على حسب الميراث الشرعى ، فإنهم إذا اعترضوا على الوقف بطل فى الثلثين ، ووزع الثلثان بينهم توزيع الميراث ، وكان الثلث وقفا توزع غلاته بينهم توزيع الوقف ، وذلك حقهم فى ملكية الرقبة ، وحقهم كمستحقين فى الغلة ، فإذا آثروا أن يملكوا بدل أن يستحقوا فلهم ذلك ، لتكون لهم حرية التصرف فيما يملكون .

وقد صرح فى البحر بهذا المعنى ، فقد جاء فيه نقلا عن الظاهرية :

« رجل وقف دارا له فى مرضه على ثلاث بنات له ، وليس له وارث غيرهن . فإن الثلث من الدار وقف ، والثلثان ملك مطلق يصنعن بهما ماشئن . قال الفقيه أبو الليث : هذا إذا لم يجزن فاذا أجزن صار الكل وقفا » .

١٣٠ ــ هذا ويجب التنبيه إلى ثلاثة أمور :

أولها ــ أن القانون المدنى المصرى اعتبر الوقف ككل تبرع صادر فى مرض الموت وصية ، وهذا نص المادة :

. كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى مابعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت هذه التسمية .

وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم ، وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولايحتج بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع مالم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا مالم توجد أحكام خاصة .

ثانيها — أن الوقف الأهلى أو الذرى قد ألغى فى مصر والشام ، وعلى ذلك لاتتأتى صورة ماإذا كان الوقف على بعض الورثة واعترض الآخرون ، لأن هذه الصورة لاتفرض إلا إذا كان الوقف الأهلى جائزا ، وقد يقول قائل أن الوقف فى مرض الموت يأخذ حكم الوصية ، والوصية لايوجد إلى الآن قانون يمنع من صدورها ولو كانت فى مآلها فى معنى الوقف ، كالوصية بالمنافع لبعض أولاده ، فإنه يستحق منهم طبقتان ، وهى فى معنى الوقف .

ونقول فى الجواب عن ذلك :

أولا — إن الوصية التى تكون فى معنى الوقف جوازها موضع نظر ، لأن المقصد من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ م إلغاء الوقف الأهلى بكل صوره ، وبمقتضى التنسيق القانونى تكون كل وصية فى معناه لها حكمه ، لأنه لايصح أن يكون القانون قد أحل فى ناحية ماألغاه فى ناحية أخرى ، والمؤدى فى الناحيتين واحد . هذا مايبدو لنا بادى الرأى والنظر ، وربما تعرضنا لدراسة هذاالجزء فى موضع آخر من قولنا .

ونقول ثانيا — إن تبرعات المريض ، وإن أخذت حكم الوصايا فى المآل تأخذ فى الإنشاء حكم التصرف الذى سميت باسمه ، فإذا صدر من المريض مرض الموت هبة تعتبر فى المال وصية ، ولكنها تأخذ حكم الهبة فى الانعقاد فلا تتم إلا بالقبض ، فإذا مات المريض قبل أن يتم القبض فإن التصرف يكون ملغى ، كما صرح بذلك الفقهاء ، وكما صرح بذلك القانون ، فالبيع الصورى يأخذ فى الإنشاء حكم البيع ، وإن كان فى معناه هبة أو فى مآله وصية .

وعلى ذلك يأخذ الوقف فى مرض الموت حكم الوقف كاملا عند الإنشاء فلا يصح إلا بإشهاد ، وعند تحرير الإشهاد يمنع التحرير إذا كان وقفا على بعض الورثة ، إذ يكون وقفا أهليا ، والقضاة ممنوعون من سماع الإشهاد به..

الأمر الثالث — الذى يجب أن يشار إليه هو أن الوصية لوارث أصبحت تجوز فى القانون المصرى منذ صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م . وبذلك تصير الوصية لوارث الوقف على وارث فى مرض الموت أمرا جائزا منذ صدور ذلك القانون ، وماكانت تطبق أقوال الفقهاء بالنسبة لوقف المريض على وارث منذ صدور قانون الوصية إلى أن ألغى الوقف الأهلى بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ م .

الوصايا والوقف فى مرض الموت

١٣١ — إذا اجتمعت الوصايا للبر والوقف فى مرض الموت ، ولم يثبت رجوعه عن واحدة منها قسمت الوصايا بين الوقف والوصايا قسمة مخالصة ، أى بالتناسب بينها ، فإذا كانت قيمة الوصايا ألفى جنيه ، والوقف قيمته ألف جنيه ، والثلث قيمته ثلاثة آلاف ، فيكون للوقف ثلث الثلث ألف ، وللوصايا الثلثان ، تقسم بينها بالتناسب ، وذلك لأن الوقف فى مرض الموت أخذ حكم الوصية .

ومثل ذلك الهبات التى تكون قد تمت فى مرض الموت ، فإن الثلث إذا لم يسعها هى والوقف فى مرض الموت ، يكون الثلث بينها بالمحاصّة .

هذا ويلاحظ أن هناك وصية تتقدم على كل الوصايا ، وعلى الوقف فى مرض الموت ، وهى الوصية بعتق العبد ، وعتقه فى مرض الموت ، فإن الثلث إذا ضاق عن قيمة العبد ، وعن الوصايا والأوقاف فى مرض الموت ، فإنه يقدم أولا عتق العبد ، ذلك لأن الشارع فى الإسلام يحرص دائما على العتق ويرغّب فيه ، ويعتبر العتق ولو مضافا أو منجزا يكون لازما ، لايصح الرجوع فيه ، بخلاف غيره من الوصايا .

ويلى الوصية بالعتق الوصية بالقربات وفى ضمنها الوقف إذا كان خيريا فى ابتدائه .

والقربات فى ذاتها مراتب ، ففيها الفرائض كالوصية بإعطاء الزكاة ، وكالوصية بتنفيذ بعض الكفارات ، وكالوصية بأداء نذر كان قد نذره ولم يوف به .

وقد قال الحنفية فى هذا أنه يقدم القرض ، فتقدم الوصية بأداء الزكاة والكفارات ، ثم يليها الواجبات كالوصية بأداء نذر وجب عليه ، وبعد ذلك تكون النوافل ، ومنها الوقف الخيرى ، ويظهر من هذا السياق أنه يقدم الوقف الخيرى على الوقف الأهلى ، لأن مايمحض للخير ابتداء ليس كما يئول للخير بعد زمن يطول أو يقصر .

وبهذا نقرر أن الوقف فى مرض الموت إذا تزاحم مع الوصايا قدمت الوصايا بالعتق ، ثم الوصايا بالقربات إذا كانت فرضا ، ثم الواجب ، ثم النفل ، وفيها الوقف الخيرى ، ثم الأهلى ، وهذا إذا كانت الوصايا كلها للقربات ، وإذا جمع بين القربات والوصية للعباد ، فإنه لايكون التزاحم بين القربات وما للعباد ، ومايكون للقربات يرتب ذلك الترتيب .

وهذا كله عند الحنفية ، أما عند الأئمة الثلاثة ، فإن الحكم يختلف بالنسبة للفرائض ، وذلك لأنهم يرون أن الفرائض المالية ديون الله تعالى ، وهى مقدمة على الوصايا بكل أنواعها ، وبذلك تقدم على الوقف فى مرض الموت ، ككل دين ، بل إن من الفقهاء فى المذاهب الثلاثة من يقدمها على الديون التى يستحقها العباد ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « دين الله أحق بالوفاء » .

وهذه تنفذ فى التركة ، وإن لم ينص عليها ، بيد أن الإمام مالكا رضى الله عنه أوجب الإيصاء بتنفيذها لإعلام القائمين على تركته بها ، إذ عساهم لايعرفونها ، وعساه يكون قد قام ببعضها ، ولاسبيل إلى المعرفة إلا من طريقه ، وإذا علم بها فإنها تنفذ من التركة كلها ، كالشأن فى كل الديون ، والوصايا والوقف فى مرض الموت تكون بعد ذلك فى ثلث الباقى .

شروط الواقفين

١٣٢ ـــ والواقف في وقفه حر مختار ، فالوقف قربة اختيارية يضعها فيمن يشاء ، وبالطريقة التي يختارها ، وإن الوقف تبرع بالمنفعة ، فحقوق المستحقين فيه تتعلق بالمنفعة لابالعين عند أكثر الفقهاء ، وإذا كانت تتعلق بالمنفعة لابالعين فإن المنفعة قابلة للتقييد ، بالزمان والمكان ، وطرق الانتفاع ، ولذلك كان نظام المصارف في الوقف ، ونظام التوزيع تعينهما إرادة الواقف ، فيكون التقسيم وتعيين المصارف بمقتضاها ، وطرق الانتفاع على النحو الذى يختاره هو ، ويدونه عند إنشاء الوقف ، وكتاب الوقف الذى تحرر فيه إرادة الواقف تحريرا كاملا يعد دستور الوقف ومالانص فيه تنفذ فيه الأحكام الشرعية الخاصة بالأوقاف ، فإذا لم ينص على مصرف في مرتبة معينة كان الصرف على الفقراء على مقتضى المذهب الحنفى ، وعلى خلاف يسير مع غيره من المذاهب ، وطرق تفسير كتب الأوقاف هى الطرق التى يسلكها الفقهاء في تفسير النصوص الشرعية ، فيحمل المطلق على المقيد ، ويحمل العام على الخاص ، إذا كان ثمة مسوغ للحمل ، وينسخ المتأخر من الشروط المتقدم ، ولذلك شاع بين الفقهاء هذه الكلمة : شرط الواقف كنص الشارع ، أى يلتزم في طريق تفسيره مايلتزم في تفسير النصوص الشرعية .

ومع أن الواقف إرادته في الوقف هى المحترمة وهى مقيدة بأحكام الشارع ، فلا يصح أن يكون مصرف الوقف منهيا عنه أو يشترط شرطا فيه مخالفة صريحة لأوامر الشارع ، كمن يقف على شخص ويشترط ألا يحرم من الاستحقاق ولو ارتد عن دين الله تعالى ، وكمن يقف على بيت من بيوت الدعارة ، إلى آخر ماهنالك .

وفى الجملة إن شروط الواقف التى يشترطها في وقفه هى التى تنظم الوقف ، مالم يرد نهى من الشارع عنها .

١٣٣ ـــ وقد اختلف الفقهاء في مدى الشروط التى تدخل في منطقة

الإباحة ومدى الشروط التى تدخل فى موضع النهى ، فالحنابلة بالنسبة للشروط فى العقود عامة لافى الوقف خاصة قرروا أن كل شرط لم يرد فيه مانهى عنه فهو شرط صحيح يجب احترامه ، وكل شرط فيه نص على التحريم فهو محرم ، وماليس كذلك فهو مباح .

وقال الظاهرية : كل شرط ورد أمر الشارع بالالتزام به فهو واجب الوفاء ، ومالم يرد أمر الشارع بوجوب الوفاء به فهو باطل ، وذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم :« مابال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله تعالى ، كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، ولو كان مائة شرط » .

والأئمة الثلاثة مالك وأبو حنيفة والشافعى توسطوا بين الحنابلة والظاهرية ، فقالوا : إن كل شرط يكون لازما إذا ورد به نص ، أوكان موافقا لمقتضى العقد ، ويكون باطلا إذا كان غير موافق لمقتضى العقد ، ولم يرد به أثر ، ولم يجر به عرف . وإن كان الشافعى خالف فى الجزء الأخير .

١٣٤ ـــ ولقد قسم الشاطبى الشروط المقترنة بالعقود عامة تقسيما حسنا ، فقال : الشروط مع مشروطاتها على ثلاثة أقسام :

أحدها ـــ أن يكون الشرط مكملا لحكمة المشروط وعاضدا لها ، بحيث لايكون فيه منافاة لها على كل حال ، كاشتراط الكفء والإمساك بمعروف والتسريح بإحسان فى النكاح ، واشتراط الرهن والحميل (أى الكفيل) والنقد أو النسيئة فى الثمن فى البيع ، فهذا القسم لا إشكال فى صحته شرعا ، فإنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضى حكما ، فإنه لما كان غير الكفء مظنة للنزاع ، لأنفة أحد الزوجين أو عصبته ، وكانت الكفاءة أقرب إلى التحام أحد الزوجين والعصبة ، وأولى بمحاسن العادات ـــ كان اشتراطها ملائما لمقصود النكاح ، وهكذا الإمساك بمعروف ، وسائر تلك الشروط المذكورة تجرى على هذا الوجه ، فثبوتها شرعا واضح .. .

والثانى ـــ أن يكون الشرط غير ملائم للمقصود شرعا من المشروط ، ولا مكمل لحكمته ، بل هو على الضد من الأول ، كما إذا اشترط فى

النكاح ألا ينفق عليها ، أو شرط فى البيع ألا ينتفع بالمبيع ، أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض ، أو شرط الصانع على المستصنع ألا يضمن المستأجر عليه وإن تلف ، وهذا القسم لاإشكال فى إبطاله ، لأنه مناف لحكمة السبب ، فلا يصح أن يجتمع معه ، فإن اشتراط الناكح ألا ينفق ينافى استجلاب المودة المطلوبة ، وهكذا سائر الشروط .

والثالث — ألا يظهر فى الشرط منافاة لشروطه ولاملاءمة ، وهذا محل نظر ، هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة ، أم الثانى من جهة عدم الملاءمة ظاهرا ... والقاعدة المعتبرة فى أمثال هذا هى التفرقة بين العبادات والمعاملات ، فما كان من العبادات لايكتفى فيه بعدم المنافاة ، دون أن تظهر الملاءمة ، لأن الأصل فيها ألا يقدم عليها إلا بإذن ، إذ لامجال للعقول فى اختراع التعبدات ، فكذلك مايتعلق بها من الشروط ، وماكان من العادات يكتفى فيه بعدم المنافاة ، لأن الأصل فيها هو الالتفات إلى المعانى دون التعبد ، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه »[1] .

١٣٥ — هذه قواعد عامة للشروط التى يشترطها العاقدون فى تصرفاتهم ، وتلك اختلافات فقهاء الأمصار فيها مابين مطلق ومقيد ، وماسقناها فى هذا البحث إلا لنشير إلى الشروط التى تقرها الشريعة والتى لاتقرها ، وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن كل شرط ينهى عنه يكون باطلا ، وإن اختلفوا من بعد فى مدى النهى .

وإنا نقف وقفة قصيرة عند التفرقة التى ذكرها الشاطبى بين ماهو من العبادات وماهو من المعاملات المالية ، فأجاز الاشتراط فى المعاملات مالم تكن موضع نهى ، ومنع الاشتراط فى العبادات إلا بمقدار مايكون ملائما للعبادة .

وإنه فى ضوء هذه التفرقة كان الاختلاف فى شأن الشروط فى الوقف بين الفقهاء ، فمن الفقهاء من نظر إلى معنى العبادة فيه فلم يشترط إلا مايكون

---

(١) الموافقات ، الجزء الأول ، طبع الدمشقى ، أخذ بتصرف من الصفحات ١٩٦ ، ١٩٧ ، ١٩٨ .

قريبا من القربة أو مؤكدا لمعناها ، ومن الفقهاء وهم الحنفية والمالكية من طبق عليه شروط المعاملات .

١٣٦ — وأنه يلاحظ أن الحنابلة مع أنهم يطلقون الشروط فى عامة العقود إلا إذا كان قد ورد نص صريح بالنهى ، ويقرر ذلك ابن تيمية فى كتابه العقود ، ويقيم الأدلة الكثيرة — نجد بعضهم ومنهم ابن تيمية ذاته يمنع الإطلاق فى شروط الواقفين باعتبار أن الوقف فى أصل شرعته قربة ، فلا يحترم منه إلا مايكون متفقا مع معنى القربة ، ولذلك جاء فى فتاويه فيما يتعلق بشروط الواقفين مانصه :

« الأعمال المشروطة فى الوقف تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

أحدها — عمل يتقرب به إلى الله تعالى ، وهو الواجبات والمستحبات التى رغب فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم . وحض على تحصيلها ، فمثل هذا الشرط يجب الوفاء به ، ويجب استحقاق الوقف على جهة حصوله فى الجملة .

والثانى — عمل نهى النبى صلى الله عليه وسلم عنه نهى تحريم أو نهى تنزيه ، فاشتراط مثل هذا العمل باطل باتفاق العلماء ، لما قد استفاض عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه خطب على منبره ، فقال : « مابال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ، كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق » .

والقسم الثالث — عمل ليس بمكروه فى الشرع ، ولامستحب ، بل هو مباح مستوى الطرفين ، فهذا قال بعض العلماء بوجوب الوفاء به ، وجمهور العلماء من أصحاب المذاهب المشهورة وغيرهم على أن شرطه باطل ، فلا يصح عندهم إلا ماكان قربة إلى الله تعالى ، وذلك لأن الإنسان ليس له أن يبذل ماله إلا لما فيه منفعة فى الدين والدنيا ، فمادام الإنسان حيا فله أن يبذل ماله فى تحصيل الأغراض المباحة ، لأنه ينتفع بذلك ، فأما الميت فما بقى بعد الموت ينتفع به من أعمال الأحياء إلا عمل صالح قد أمر به وأعان عليه ، أو هدى إليه ، ونحو ذلك ، فإن الأعمال التى ليست

طاعة لله ورسوله لاينتفع بها الميت بحال ، فإذا اشترط الموصى أو الواقف عملا أو صفة لاثواب فيها كان السعى فى تحصيلها سعيا فيما لاينتفع به فى دنياه ، ولا آخرته . ومثل هذا لايجوز ، وهذا لأن مقصوده فى الوقف التقرب .

ونجد هنا أن ابن تيمية يتجه إلى معنى القربة فى الوقف فيبطل كل الشروط التى لاتكون قربة مقصودة ، ويبنى ذلك على أمرين :

أحدهما — أن الوقف ينفذ بعد الوفاة فى أكثر مقاصده ، وإذا كانت الاشياء والأعمال مباحة للشخص ينتفع بها فى الحياة ، فإنه بعد الوفاة لانفع له إلا فيما يكون قربة مقصودة مطلوبة من الشرع ، إما على جهة الندب ، وإما على جهة الاستحباب ، وأما مايكون مباحا ، فإنه وإن كانت له فائدة فى حياته فلا فائدة منه بعد وفاته .

الأمر الثانى — أنه اعتبر فى الوقف والوصايا جهة القربة فمالا قربة فيه لايجب الوفاء به ، وبذلك التقى مع الشاطبى فى أن العبادات يجب ألا يلتفت فيها إلا إلى مايكون ملائما لها من الشروط .

وهنا نلاحظ أنه قال « إن ذلك هو ماقرره جمهور الفقهاء المشهورين وغيرهم » وإنى أرى أن الجمهور على غير ذلك الرأى كما تدل عبارات الكتب الفقهية للمذاهب ، فقد أجمع المتقدمون والمتأخرون فيها على جواز الشروط التى تكون فى دائرة الإباحة ، ولم يرد فيها نهى صريح .

١٣٧ — وإنا وإن كنا نرى أن الوقف فى أصل شرعته قربة يتقرب بها إلى الله سبحانه وتعالى ، كما دلت على ذلك الأحاديث المثبتة لأصله ، لانريد أن نقيده بشروط العبادات ، بل ننزل به إلى التقيد بشروط المعاملات ، ولو قيدناه بها لقيدناه بمنهاج مستقيم ، بشرط أن يكون ثمة منفعة مباحة مجلوبة للمستحقين من بعده ، ولم يكن فيه ماينافى مقاصد الشارع ، ولا اتجاه إلى إثم أو يؤدى تنفيذ الشرط إلى إثم ، ولو فى المآل لافى الحال ، ولو تقيدت شروط الواقفين بذلك لضمنا أن يسلكوا طريقا

لاعوجاج فيه ، فلا ينفذ من شروط الواقفين مافيه إثم أو يؤدى إليه أو يتجانف له ، أو يقوم دليل على أنه مناف لمقاصد الإسلام ، كاشتراط عدم الزواج للاستحقاق .

وإن هذا النظر هو رأى ابن القيم ، ولذلك قال :

« الإثم مرفوع عمن بطل من شروط الواقفين مالم يكن إصلاحا ، وماكان فيه حيف أو إثم ، ولايحل لأحد أن يجعل هذا الشرط الباطل المخالف لكتاب الله العزيز بمنزلة نص الشارع ، ولم يقل هذا أحد من أئمة الإسلام ، بل قد قال إمام الأنبياء صلوات الله وسلامه عليه وآله : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ... » إنما ينفذ من شروط الواقفين ماكان لله طاعة وللمكلف مصلحة ، وأما إن كان بضد ذلك فلا حرمة له ، كشرط التعزب والترهب المضاد للشريعة الإسلامية ، فإنه تعالى فتح للأمة باب النكاح بكل طريق ، وسد عنهم باب السفاح بكل طريق ، وهذا الشرط باطل معاند لذلك ، فإنه يسد على من التزمه باب النكاح ، ويفتح له باب الفجور ، فإن لوازم البشرية تتقاضاها الطباع ، فإذا سد عنها مشروعها ، فتح له ممنوعها » .

وبهذا التمثيل يبين أن الشروط الباطلة هى كل ما يؤدى إلى محرم ، أو يتنافى مع مقاصد الشرع ، ولو كان فى ذاته غير محرم فى الجملة ، ويقسم الشروط بعد ذلك أربعة أقسام ، وهو قريب من تقسيم شيخه ابن تيمية فى الجملة ، فيقول رضى الله عنه :« وبالجملة فشروط الواقفين أربعة : شروط محرمة فى الشرع ، وشروط مكروهة لله سبحانه وتعالى ، وشروط تتضمن ترك ما هو أحب إلى الله ورسوله ، وشروط تتضمن فعل ما هو أحب إلى الله ورسوله ، فالأقسام الثلاثة الأولى لاحرمة لها ولا اعتبار ، والقسم الرابع هو الشرط الواجب الاعتبار »[١] .

وبهذا التقرير من تلميذ ابن تيمية يتبين أنه يرى أن كل شرط يخالف

---

(١) راجع إعلام الموقعين جـ ٣ ، ص ٩٤ ، ٩٥.

أمرا مقررا فى الشريعة ، أو أصلا من أصولها ، أو يخالف أمرا حبب الإسلام إليه ، ولو لم يوجبه ، لا يكون له اعتبار الشرط الشرعى .

وفى الحقيقة أن ابن القيم كشيخه ابن تيمية ، وكأكثر فقهاء المذهب النحنبلى ينظرون فى أحكام الأفعال إلى المآلات ، وهو ما يسمى فى الفقه الإسلامى بالذرائع ، فإن الحكم فيها يأخذ حكم المآل ، فإذا كان الفعل فى ذاته مباحا ولكنه يؤدى إلى حرام ، يكون حراما كبيع السلاح فى الفتن ، فإنه عند الحنابلة يكون باطلا ، لأنه يؤدى غالبا إلى أن يسهم حامل السلاح فى هذه الفتن القائمة . فما يؤدى غالبا إلى حرام يكون حراما .

١٣٨ ــ وبعد هذا التحرير الدقيق الذى جاء على أقلام هذين الإمامين نتجه إلى المقرر فى فقه المذاهب التى كانت مطبقة ، وما آل إليه ، ونبتدىء بمذهب الحنفية الذي لايزال مطبقا فى كثير من البلاد الإسلامية .

يقسم فقهاء الحنفية شروط الواقفين إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول ــ شروط مبطلة للوقف مانعة من انعقاده ، وهى الشروط التى تنافى اللزوم والتأبيد كأن يشترط الواقف عند إنشاء الوقف أن يكون له حق بيعه أو هبته أو أن يعود إلى ورثته بعد موته ، أو يصير ملكا لهم عند احتياجهم إليه ، وغير ذلك من الشروط التى تنافى اللزوم والتأبيد ، لأن الصيغة إذا اقترنت بهذه الشروط تصير غير منشئة له ، إذ بطل مدلوله وسقط مفهومه ، ولم يثبت التزام على مذهبهم .

١٣٩ ــ القسم الثانى ــ شروط باطلة ، إذا اقترن بها الوقف صح وبطلت هى من غير أن تؤثر فيه ، وهذه هى الشروط التى يكون منهيا عنها ، أو مخالفة للمقررات الشرعية ، أو ليست فى مصلحة المستحقين ، كاشتراط نقود يعطيها المستحقون فى سبيل نيل استحقاقهم من الغلات ، فإن هذه الشروط تكون باطلة ويصح الوقف ، ولا يفسد بفسادها ، لأن الوقف تبرع ، والتبرعات لا تبطلها الشروط الفاسدة .

وقد ذكرت كتب الفروع فى الفقه الحنفى طائفة من الشروط

لوحظت فى أوقاف السالفين ، وأثبتت الوقائع فى بعضها إضرارها للمستحقين ، وثبت فى بعضها عدم إقرار الشريعة له ، ولذلك أفتى المفتون فيها بالإبطال ، وحكم القضاء بعدم الأخذ بها ، وحللوا نظار الأوقاف من الأخذ بها .

ومن ذلك ما جاء فى ابن عابدين والبحر وغيرهما من شروط حكم بمخالفتها وعدم الالتفات إليها . ومنها ما يأتى :

(أ) إذا جعل الواقف النظر لشخص أو أشخاص واشترط ألاَّ يعزلوا ولو خانوا ، فإن النظر يكون لهم ، إذا خانوا عزلهم القاضى ، لأن فى ذلك الشرط منافاة لمصلحة الوقف والمستحقين ، ولأن تمكين الخائن من الخيانة ببقائه فى الولاية ليس من مبادىء الشرع فى شىء .

(بـ) وإذا شرط ألاَّ يستبدل بعين الوقف غيرها ولو خربت وأصبحت غير صالحة ، وقد جاء هذا الشرط فى بعض أوقاف أمراء المماليك كالأشرف برسباى ، وكان كثيرون يسلكون ذلك المسلك الذى شاع فيه اتخاذ الاستبدال ذريعة لإبطال الأوقاف وبيعها .

ومهما يكن الدافع لذلك الاشتراط فالحكم أن الوقف يكون صحيحا والشرط يكون باطلا ، فللقاضى الاستبدال إذا وجدت ضرورة ملجئة إليه ، أو مصلحة تحمل عليه ، لأن فى ترك الاستبدال مع وجود الداعى ضررا محققا للوقف والمستحقين .

(جـ) وإذا شرط ألاَّ تؤجر أعيان الوقف لأكثر من سنة ، ولم يوجد من يستأجرها لهذه المدة القصيرة ، أو وجد ولكن بأجرة أقل ، فإن للقاضى أن يأذن بمخالفة شرط الواقف .

(د) وإذا شرط أن يتصدق بفاضل الغلة على من يسأل أمام المسجد الفلانى فإن للناظر أن يعطى من يسأل فى غير هذا المسجد ، بل يعطى من لا يسأل أصلا ، لأن كون السؤال سببا فى الاستحقاق أمر لايتفق أحيانا مع الحاجة ، فإن بعض من لايسأل أشد حاجة ممن يسأل ، ولأن مقصد

الواقف التصدق ، فيكون أولى وجوهه ما تتحقق فيه الحاجة أكثر .

(هـ) إذا اشترط للمستحقين لحما أو خبزا كل يوم كما كان يحدث فى أوقاف الأزهر بما يسمى الجراية ، فإن للقيِّم أن يعطيهم بدل اللحم أو الخبز أو نحوهما نقودا . وقيل إن المستحقين لهم الخيار فى ذلك ، فإن اختاروا هذه التى عينها الواقف نفذ ما يرغبون ، وإن اختاروا النقود أخذوا النقود ، وفى القولين نجد أن الشرط الذى اشترطه الواقف لم يكن لازم النفاذ ، لأنه لا مصلحة فى تنفيذه ، بل فيه الضرر ، وفوق ذلك فإن الفقه الحنفى يسير على أن الصدقات المعينة التى يقدرها الشارع يجوز أن تدفع قيمتها من النقود ، فيصح أن تدفع قيمة الزكاة الواجبة ، فمن وجبت عليه فى الزكاة شاة أو ناقة أو بقرة يصح أن يدفع قيمتها ، وإذا سوغوا ذلك فى أوامر الشارع ، فأولى أن يسوغوه فى شروط الواقفين .

١٤٠ — القسم الثالث — شروط صحيحة يجب الأخذ بها ، وتجب رعايتها ، والعمل على تنفيذها ، وهى الشروط التى لا تنافى مقتضى الوقف ، وليس فيها مخالفة للمبادىء الشرعية ، ولا ضرر بالواقف والمستحقين ، كاشتراط الغلات لجهة معينة ، واشتراط أداء دين ورثته من الغلات إذا لزمتهم ديون ، واشتراط أن يكون لمتولى الوقف الزيادة والنقصان فى المرتبات ، واشتراط أن يكون الاستحقاق فى الغلات على مقدار الحاجة ، واشتراط الصرف لأقاربه الفقراء على جهة الأولوية فى الأوقاف الخيرية ... وهكذا فكل هذه الشروط يجب الوفاء بها ، ويجب تنفيذها ، لأنها تنظيم للتوزيع من غير أن يكون فيه ضرر لأحد ، ولا ضرر بالوقف ، ولا عصيان ، ولا مخالفة للمبادىء الشرعية المقررة .

١٤١ — هذه قواعد الفقه الحنفى الذى كان معمولا به فى مصر فى كل الأوقاف وأحكامها قبل القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م ، وقبل إلغاء الوقف الأهلى بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢م .

ونرى أنهم يقررون إبطال كل شرط يخالف الشرع ، ولكنهم عند التطبيق وخصوصا فى كتب الفروع عند المتأخرين يوجبون تنفيذ شروط

لاتتفق مع مقاصد الشارع ، أو مع مصلحة المستحقين ، وليس فى تنفيذها مصلحة راجحة للمستحقين أياً كان نوعها ، ومن ذلك مثلا اشتراط الواقفين السكنى بحيث لا يجوز للمستحق فى دار بشرط السكنى أن ينتفع باستغلالها ، ولو اقتضت مصلحته أن ينتقل من البلد الذى فيه هذه الدار ، وينفذ هذا الشرط عندهم ، ولو كان على غير مصلحة المستحق كما نرى .

ومن الشروط المنافية فى مؤداها للشرع أن يشترط الواقف لاستحقاق زوجته فى السكن أو الغلة ألاَّ تتزوج من بعده ، فإن هذا الشرط يؤدى إلى الوقوع فى المنهى عنه شرعا ، وفوق ذلك فإن الإسلام حث على الزواج ، واعتبره سنة فى حال الاعتدال ، فكيف يكون الشرط المخالف لسنة واجب النفاذ ، ومع ذلك أوجبوا تنفيذه ، مع أنه عضل داخل فى النهى فى قوله تعالى :« **فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن** »(١)

وقد قال ابن القيم فى هذا الشرط : إذا شرط الواقف العزوبة وترك التأهل لم يجب الوفاء بهذا الشرط ، ولا التزامه ، بل من التزمه رغبة عن السنة ، فليس من الله تعالى فى شىء ، فإن النكاح عند الحاجة إليه إما فرض يعصى تاركه ، وإما سنة الاشتغال بها أفضل من صيام النهار وقيام الليل ، وإما سنة يثاب فاعلها كما يثاب فاعل السنن والمندوبات ، وعلى كل تقدير لايجوز اشتراط تعطيله أو تركه ، إذ يصير مضمون هذا الشرط أنه لايستحق الوقف إلا من عطل ما فرض الله تعالى عليه ، وخالف سنة رسول الله ﷺ ، ومن فعل ما فرضه الله عليه وقام بالسنة لم يحل له أن يتناول من هذا الوقف شيئا ، ولا يخفى ما فى التزام هذا الشرط من معاندة الله ورسوله »(٢) .

ولا شك أن هذا الشرط تنطبق عليه هذه المعاندة لدين الله إذا كان الباعث عليه هو منع المرأة أو الرجل من التزوج ، أما إذا كان الغرض منه هو حماية غير المتزوجات من الضياع ، والرحمة بالأرامل ، فإن الشرط يكون له ما يبرره ، كمن يشترط فى وقفه حصة معينة للمطلقات اللائى لا

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٢ .

(٢)إعلام الموقعين جـ ٢ ، ص ١٥٧ .

عائل لهن ، والأرامل اللائى لم يترك لهن أزواجهن ما يقيم أودهن ، أو من لا بعل لها حتى يرزقها الله تعالى الكفء ، فإن هذا النوع من الشروط يتفق مع مقاصد الشريعة وغاياتها من معاونة الضعيف ، وهذا يغاير من يشترط لاستحقاق زوجته ألاَّ تتزوج فإن ذلك تبعث عليه أنانية وغيرة بعد الوفاة ، ولا مصلحة فيه لأحد .

والشروط ليست مطلقة فى مذهب أبى حنيفة ، وقد قرر المالكية ، أنه إذا اشترط حرمان البنات من الاستحقاق فى الوقف أو تقييد استحقاقهن بعدم الزواج فإن ذلك الشرط يكون ممنوعا . وقد اختلفوا فى الوقف مع اشتماله على هذا الشرط ، على خمسة أقوال :

أولها ـــ أن الوقف يفسخ وإن حازه الوالى عليه والمستحقون .

والثانى ـــ أن الوقف يفسخ ويعود ملكا حرا لمالكه إذا لم يكن قد حيز . فإن كان قد حيز لم يفسخ ، ولا يدخل البنات لتمام أركانه ، ولكنه يكون آثما لأنه ارتكب محرما .

الثالث ـــ أنه يدخل فيه البنات ويلغى الشرط وإن حيز ، وذلك لأن الشرط محرم فلا يلتفت إليه ، وذلك لحق البنات الذى نهى عن حرمانهن منه .

الرابع ـــ أنه إن كان لم يحز فإن البنات يدخلن ، ويلغى الشرط ، وإن حيز لا يدخلن ولا يلغى الشرط إلا إذا رضى الموقوف عليهم ، وذلك لأن الموقوف تعلق به حقان : حق البنات وحق الموقوف عليهم ، إذ الحيازة جعلت لهم حقا عينيا ، فلا يسلم حق البنات إلا برضاء هؤلاء .

الخامس ـــ أنه لا يفسخ ولا يدخل فيه البنات إلا برضا الموقوف عليهم سواء أحازوا الوقف أم لم يحوزوه ، لأن الوقف أوجد للموقوف عليهم حقا .

ويظهر أن الاعتماد فى ذلك على ما روى فى المدونة من أن عمر ابن عبد العزيز هم بإبطال الأحباس التى فيها حرمان البنات .

الشروط فى القانون :

١٤٢ ـــ كانت الشكوى من تنفيذ الشروط التى لا تتفق مع مقاصد الشارع سببا فى أن القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م قد حد من إرادة الواقفين بالنسبة للشروط ، فجاء فى المادة (٢٢) ما نصه :

مع عدم الإخلال بأحكام الفقرة الثانية من المادة (٢٧) يبطل شرط الواقف إذا قيد حرية المستحق فى الزواج أو الإقامة أو الاستدانة إلا إذا كانت لغير مصلحة ، ويبطل كذلك كل شرط لا يترتب على عدم مراعاته تفويت مصلحة للواقف أو الوقف أو المستحقين .

ولم يمنع القانون من تنفيذ الشرط إذا كان من الزوجة لزوجها كأن اشترطت تقييد الحرية فى الزواج بأن اشترطت لاستحقاقه ألاَّ يتزوج عليها أو لا يطلقها ، وذلك ما نصت عليه المادة (٢٧) التى قررت المادة السالفة عدم الإخلال بأحكامها ، وهذا نص المادة (٢٧) :« للواقف أن يحرم صاحب الاستحقاق الواجب [1] من كل أو بعض ما يجب له وأن يشترط فى وقفه ما يقتضى ذلك متى كانت لديه أسباب قوية ترى محكمة التصرفات بعد تحقيقها أنها كافية لما ذكر ، وللزوجة أن تحرم زوجها من وقفها أو تشترط حرمانه منه إذا تزوج غيرها ، وهى فى عصمته أو إذا طلقها » .

وقد جاءت هذه المادة استثناء من أحكام الاستحقاق الذى أوجب على الواقف أن يحفظ لأبويه أو أحد الزوجين نصيبه فى ثلثى ماله استحقاقا ، وكذلك الذرية الوارثة ، فاستثنى جواز الحرمان إذا كان ما يوجبه كما استثنى حال الزوجة إذا اشترطت فى استحقاق زوجها ألاَّ يتزوج عليها وهى فى عصمته ، أو لايطلقها ، وإن هذا الاستثناء إبقاء للحكم القديم الذى كان معمولا به قبل القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م ، لأن هذه الشروط كانت لازمة واجبة الوفاء فى المذهب الحنفى ، ولذلك تطبق أحكام هذه المادة على الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون باعتبار أن ذلك الشرط كان

---

(١) أصحاب الاستحقاق الواجب بهذا القانون هم أحد الزوجين والأبوين والورثة من الذرية .

جائزا معمولا به من غير حاجة إلى نص ، وتطبق على الأوقاف الصادرة بعد العمل بالقانون على أساس هذا الاستثناء من المنع العام (فى المادة ٢٢) ومن منع الحرمان من الاستحقاق الواجب (فى المادة ٢٤) .

١٤٣ ـــ وبالنسبة لتقييد المستحق فى طرق الانتفاع بالعين الموقوفة من حيث التقييد بالسكنى ، فإن المنصوص عليه فى المذهب الحنفى أن من شرط له السكنى لايجوز له الاستغلال ، ومن شرط له الاستغلال لاتجوز له السكنى ، وقيل يجوز له السكنى ، لأن من يعطى المنفعة لغيره يجوز بطريق الأولى أن ينتفع هو ، وإذا كان قد سكت فلم يبين أله السكنى أم له الاستغلال كان الأمر فى ذلك على الخلاف الذى سبق فيمن شرط له الاستغلال ، وإذا أجاز له الأمرين بالنص كان له الأمران بالنص .

ولقد جاء القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م ـــ وأجاز لمن شرط له الاستغلال السكنى ، ولمن شرط له السكنى الاستغلال ، وهذا نص المادة (٣١) « يجوز استغلال الدار الموقوفة للسكنى ، وتجوز السكنى فى الدار الموقوفة للاستغلال مالم تقرر المحكمة غير ذلك إذا رفع الأمر إليها » .

وهذا الجزء من القانون مأخوذ من مذهب الإمام أحمد بن حنبل .

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية : « ويجوز استغلال الموقوف للسكنى ، وسكنى الموقوف للاستغلال هو الأصل لكنه لا يجوز إذا لم يتفق مع المصلحة ، فإذا رفع الأمر إلى المحكمة أمرت بمنع ما يتنافى معها ، فإذا كانت الدار موقوفة للاستغلال وأراد الموقوف عليه أن يسكنها ، أو يتخذها مقرا لحرفة تضر ببنائها أو تشوه من جمالها منعته المحكمة عن السكنى على هذا الوجه ، كما أنه قد يرد استغلال دار وقفت لسكنى الطلبة والمرضى مع قيام الحاجة إلى ذلك ، فإن المحكمة لاتقرر ذلك ، وتأمر ببقائها للسكنى » .

فى القانون اللبنانى :

١٤٤ ـــ والقانون اللبنانى منع التقييد بالشروط التى لامصلحة فيها كالقانون المصرى ، وقد نص على ذلك فى المواد ١٢ ، ١٣ .

المادة ١٢ — إذا اقترن الوقف بشرط غير صحيح صح الوقف وبطل الشرط .

المادة ١٣ — يعتبر باطلا كل شرط يقيد حرية المستحقين فى زواجهم ، أو إقامتهم ، أو استدانتهم لغير مصلحة راجحة .

والفرق فى هذا بين القانون المصرى والقانون اللبنانى أن القانون اللبنانى قيد الاستدانة الممنوعة إذا لم تكن فى مصلحة راجحة . أما القانون المصرى فقد خلا من كلمة راجحة ، واكتفى بكلمةمصلحة ، وضربوا لذلك مثلا بأن كان ابنه يقترض من مراب بربا فاحش فإنه ينفذ شرط منع الاستدانة .

ومؤدى القانون المصرى أن المنع هو الأصل ، وعلى المستحق أن يثبت المصلحة فى الاستدانة ، والقانون اللبنانى يوجب إثبات أمرين أحدهما المصلحة وكونها راجحة على عدم الاستدانة ، فالقانون المصرى أكثر إباحة للاستدانة وتقييدا لشرط المنع من القانون اللبنانى ، إذ قيد إباحة الاستدانة أكثر من صاحبه .

ولم يتعرض القانون اللبنانى لطريقة الانتفاع بالعين الموقوفة بالاستعمال أو الاستغلال ، والظاهر أنه ترك ذلك لأحكام المذهب الحنفى الذى لايزال المعمول به فيما لم يجىء نص فى القانون به .

الشروط العشرة

هذه شروط أجازها المذهب الحنفى ، وكثرت فى أوقاف المتأخرين ، وأفرد لها الموثقون هذا العنوان ، وهو الشروط العشرة ، وهى تذكر فى كتب الأوقاف بهذا العنوان ، وقد ذكروا عددها ، فكان عشرة . كما تجىء فى كتب الأوقاف .

وهذه الشروط هى :(١) الزيادة والنقصان . (ب) والإدخال والإخراج . (جـ) والإعطاء والحرمان . (د) والإبدال والاستبدال (هـ) والتغيير والتبديل .

ويلحق بها التفضيل والتخصيص ، وبعض المتأخرين يضعها فى العشرة بدل الإبدال والتبديل .

وهذه الشروط فى مجموعها عشرة على النحو الذى وضحناه ، ولكنها متداخلة ، فالإعطاء والحرمان يدخلان فى الإخراج والإدخال ويدخلان فى الزيادة والنقصان ، والاستبدال يدخل فى الإبدال . وإذا ذكر بعض هذه الشروط دون الآخر فسر الشرط بعمومه ، وإذا اجتمعت خصص كل واحد منها فى دائرة محدودة . ولذا قال بعض كبار فقهاء العصر وهو المرحوم الأستاذ الشيخ محمد بخيت المطيعى المفتى : إنها إذا أفردت جمعت ، وإذا جمعت أفردت . ولنتكلم فيها على أساس اجتماعها .

١٤٥ — (١) **الزيادة والنقصان** : الزيادة أن يزيد فى أحد الأنصبة ، والنقصان أن ينقص من نصيب مستحق معين ، أوجهة معينة ، وليس للواقف أن يزيد فى نصيب جهة إلا إذا كان قد شرط لنفسه ذلك ، فإذا قال وقفت أرضى على أن تكون غلاتها موزعة بين جامعة القاهرة بحصة الثلث ، ولمستشفى الجمعية الخيرية الإسلامية بحصة النصف ، وملجأ اليتامى بحصة السدس ، فليس له أن يزيد فى حصة الملجأ مثلا إلا إذا اشترط لنفسه ذلك ، وفى حال الزيادة لابد أن ينقص من الحصص الأخرى ، ففى هذه الصورة الزيادة والنقص متلازمان ، وقد يكونان غير متلازمين ، كأن يشترط مرتبا فى وقفه للجامعة ١٠٠٠ جنيه سنويا ، وللملجأ ألف جنيه ، فيجوز أن يزيد من غير أن ينقص ، بأن تكون الزيادة من أصل غلة الوقف .

والزيادة والنقصان تتناول مقدار الاستحقاق لا أصله ، فلا يحرم واحد من كل الاستحقاق ، ولكن قد يزيد وقد ينقص إذا اشترطت الزيادة والنقصان ، فليس له أن يمنع مستحقا من كل استحقاقه . ولكن له أن ينقصه أو يزيده .

١٤٦ — (ب) **الإدخال والإخراج** : عرفوا الإدخال بأنه جعل من ليس مستحقا فى الوقف من أهل الاستحقاق ، فإذا كان الوقف على جهة معينة كالملجأ ، فله أن يدخل معها المستشفى إذا كان قد شرط لنفسه

الإدخال . والإخراج أن يجعل المستحق غير موقوف عليه بأن يخرجه من صفوف المستحقين ، فلا يكون من أهل الاستحقاق .

فلو وقف على جهة خير ، جعل وقفه بعدها على الفقراء ، واشترط فى كتاب الوقف أن له أن يخرج من يشاء ، وأن يدخل من يشاء ، كان له أن يخرج تلك الجهة ، ويدخل جهة أخرى بدلها ، وله أن يخرجها ويكون الوقف للفقراء فور إخراجها ، وله أن يدخل بعد ذلك إن شاء .

واذا مات ولم يستعمل الشرط كما اشترط كان الاستحقاق فى الوقف على ما رسم ابتداء .

(جـ) الإعطاء والحرمان :

١٤٧ ــ والإعطاء أن يؤثر بعض المستحقين بالعطاء مدة أو دائما ، والحرمان أن يمنع الغلة عن بعض المستحقين مدة أو دائما ، فإذا قال وقفت على مستشفى الجمعية الخيرية الإسلامية ، وملجأ اليتامى ، ومن بعدهما على الفقراء على أن تكون الغلة بينهما مناصفة ، وشرط لنفسه الإعطاء والحرمان ، فإن له أن يعطى الغلة لأحدهما مدة ، ويحرم الآخر مدة من الغلة هذه ، على أن تكون فى ضمن أهل هذا الوقف ، بحيث إذا وقف رجل وقفا آخر ، وقال إن المستحقين هم أهل وقف فلان الذى أعطى وحرم فيه الواقف دخل المحرومون فى ضمن الوقف الثانى لأنهم مع حرمانهم ما زالوا من أهل الوقف ، وهذا هو الفرق بين شرط الإخراج والحرمان ، فإن الحرمان لايمنع أن يكون الشخص من أهل الوقف ، والإخراج يقتضى الإخراج من صفوف المستحقين ، وقد فرعوا عدة فروع لشرط الإعطاء والحرمان . وإليك أمثلة تتصل بهذه الفروع :

(١) منها إذا وقف على الفقراء فى الجامعة المصرية مثلا ، ومن بعدها على الفقراء عامة ، فإن له أن يعطى جامعة الإسكندرية من هذا الوقف إذا شرط لنفسه الإعطاء والحرمان .

(ب) ومنها إذا وقف على الفقراء واشترط لنفسه الإعطاء

والحرمان ، فله أن يعطى أحد المستشفيات من هذا الوقف ، ثم له أن يحرمها إذا شاء ، على ألا يكرر ذلك إلا إذا اشترط لنفسه التكرار .

(جـ) إذا قال أرضى صدقة موقوفة أبدا ولم يعين من يستحق ، واشترط لنفسه الإعطاء والحرمان ، فإن له أن يعطى من يشاء ما دام يدخل فى ضمن شروط الموقوف شرعا أو قانونا عند من لم يمنع الوقف الأهلى بقانون ، ومن بعد ذلك يكون للفقراء ، وله أن يحرم من أدخله فى الاستحقاق .

(د) إذا وقف وقال أرضى صدقة موقوفة أبدا ، ولى أن أعطى من أشاء ، وأحرم من أشاء ، فأعطاها لأغنياء لاينتهون ، وذلك لايجوز عند الحنفية ، وإذا قيل إن ذلك لم يكن عند إنشاء الوقف ، بل كان بعده ، والوقف قد نشأ صحيحا ، فكان الأولى أن يبطل ما صنع ، ويستمر الوقف ، ويصرف على مصرفه الأصلى وهو الفقراء ، فالجواب عن ذلك أنه ما دام قد اشترط ذلك الحق ، فإنه يكون إعطاؤه كالمذكور فى صلب الوقف ، وإذا ذكر ذلك فى صلب الوقف بطل .[١] . وبمجرد صدور الوقف بوصف الصدقة فإنه يصرف إلى الفقراء ، ويكون الفقراء مصرفه بمقتضى الصيغة ، فإذا استعمل الشرط بما يخرج الصيغة عن معناها فإن ذلك لايبطل الوقف ، ولكنه يبطل تصرفه ، ومثل ذلك ما إذا أعطى من يعد إعطاؤه معصية فى الإسلام ، فإن الوقف لايبطل ، ولكن يبطل الإعطاء ولا يلتفت إليه ، لأن الأساس هو التصرف فيما هو مباح شرعا على الأقل ،فالعطاء يكون على هذا الأساس ، ومخالفة شرط القربة هنا كمخالفة شرط القربة هناك ، فيبطل الشرط فى كليهما .

(د)الإبدال والاستبدال :

١٤٨ ــ الإبدال إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها ببيعها . والاستبدال شراء عين أخرى تكون وقفا بدلها ، وعلى هذا يكون الإبدال

---

(١) الإسعاف فى أحكام الأوقاف ص ١٠٨ .

والاستبدال فى الواقع متلازمين ، فالاستبدال لازم للإبدال ، لأنه إذا خرجت العين من الوقف بالبيع يجب أن يحل محلها أخرى .

وهذا إذا ذكر الشرطان معا ، أى أنهما يفسران تفسيرا يجعل أحدهما مغايرا للآخر ، وإن كانا متلازمين ، وإذا ذكر أحدهما منفردا فإنه يفسر بمعنى يجمعهما ، فلو ذكر الإبدال وحده يكون المعنى بيع العين الموقوفة ، وشراء أخرى لتحل محلها ، ويكون معنى الاستبدال ذلك أيضا .

ولأن الاستبدال للعين الموقوفة له شروط وأحوال كان لابد من إفراده ببيان سنجعل له بابا مخصوصا قائما بذاته ، نوضح فيه أحواله ، ونذكر شروطه الفقهية والقانونية .

التغيير والتبديل :

١٤٩ — إذا ذكر هذان الشرطان مع غيرهما من الشروط العشرة ، فإنه يضيق تفسيرهما ، وموضوعهما فى هذه الحال هو التغيير فى مصارف الوقف فيجعلها مرتبات بدل أن تكون حصصا ، أو على بعض من الموقوف عليه بدل أن تكون عامة ، فإذا وقف على مستشفى على أن يشترى بالغلة أدوات جراحة يجوز باشتراطه التغيير لنفسه أن يجعل الغلة لشراء أسِرَّة ، وإذا كان الشرط أن ينفق على الترميم والبناء يجوز أن يجعل الغلة لشراء أدوية وهكذا . وكل هذا تغيير فى المصرف وطرق الصرف . والتبديل معناه التبديل فى العين الموقوفة ، فيجعلها عمارة للاستغلال بعد أن كانت للإسكان ، ويجعلها حديقة بعد أن كانت أرضا زراعية ، ويجعلها مساكن وعمائر بدل أن تكون أرضا زراعية

وإذا ذكر هذان الشرطان منفردين ، فإنهما يعمان عموما شاملا ، فيشملان الإدخال والإخراج ، والزيادة والنقصان ، والإعطاء والحرمان ، والإبدال والاستبدال ، لأن كلمة التغيير تشمل كل تغيير فى المصرف ، وكلمة التبديل تشمل كل تبديل فى الأعيان .

وإذا ذكر هذان الشرطان مع الزيادة والنقصان مثلا شملا كل شيء

ما عدا الزيادة والنقصان فى أنصبة المستحقين ، وإذا ذكرا مع الاستبدال شملا ما عداه .

وهكذا يتسع العموم لهذين الشرطين ويضيق بمقدار ما يذكر معهما من شروط ، فإن لم يذكر غيرهما شملا كل شىء يتعلق بالمصرف ، وإن ذكر البعض ضاق معناهما بمقدار ما يفسر به البعض المذكور .

وإذا ذكر التغيير وحده ، شمل التغيير فى المصارف والأعيان الموقوفة ، وإذا ذكر التبديل وحده ، شمل أيضا التبديل فى كل الأعيان الموقوفة ، وفى المصارف أيضا .

التفضيل والتخصيص :

١٥٠ ــ هذان شرطان يذكرهما بعض الموثقين فى ضمن الشروط العشرة ، وبعض الموثقين يفردهما ولا يدخلهما فى الشروط العشرة . والتفضيل أن يزيد فى نصيب بعض المستحقين ، ولا يزيد فى نصيب آخر ، فإذا وقف بين ثلاث جهات بالتسوية كالوقف على مستشفى وملجأ ، ومعهد دينى ، على أن توزع الغلات بينها بالتسوية فإنه إذا اشترط لنفسه التفضيل إن أراد كان له أن يزيد فى نصيب الملجأ عن المستشفى أو المعهد ، أو فى نصيب المعهد عنهما ، أو المستشفى عنهما ، وليس له بمقتضى هذا الشرط أن يمنع الاستحقاق عن الآخرين مؤقتا أو مؤبدا لأن التفضيل يقتضى تعدد العطاء والتساوى فى قدر مشترك ، ثم تفضيل الآخر بزيادة .

والتفضيل على هذا يتلاقى مع شرط الزيادة ، ولا يمكن أن يغايره فى هذا القدر مهما يكن التفسير .

والتخصيص هو تمييز بعض المستحقين بشىء لا يعطيه لغيرهم ، ويدخل فى هذا معنى التفضيل إذ لم يحرم الباقين واقتصر فى التخصيص على الزيادة ، ولكنه يشمل الحرمان بإفراد أحدهم بالغلة كلها ، فإذا اشترط التخصيص وكان قد وقف على جهات خيرية ثلاث بالتساوى ، فإن له أن يخص إحداها بزيادة ، وأن يخص إحداها بالغلة كلها .

وإذا اجتمع التخصيص مع التفضيل اقتصر فى معناه على التخصيص بالغلة كلها وبالتفضيل زيادة بعض الأنصبة ، سيرا على قاعدة العموم عند الانفراد والتضييق عند الاجتماع ، ولأن التأسيس أولى من التأكيد .

وبذلك يتلاقى التخصيص مع الإعطاء والحرمان ، وقد يجوز التخصيص مؤقتا ودائما .

ومن هذا كله يتبين أن التفضيل والتخصيص لا يأتيان بمعنى جديد على الشروط العشرة التى ذكرناها .

قواعد عامة لهذه الشروط :

١٥١ ـــ هذه الشروط محكومة بقواعد مضبوطة ، يصح التعرض لبيانها .

القاعدة الأولى : أن هذه الشروط تتعلق بمصارف الوقف وبالأعيان الموقوفة ، ولا تتعلق بالولاية ، لأن الولاية تختص بأحكام تميزها عن غيرها ، لأن هذه الشروط تكون فى الوقف باشتراطها عند إنشائه ، فهى ملحقة به ، وتعد جزءا منه ، فإن لم يشترطها لنفسه ولا لأحد فإنها لاتثبت مطلقا بخلاف الولاية فإنها تثبت للواقف على المذهب الحنبلى بمقتضى ما له من صلة بالعين الموقوفة ، وله أن يغير ويبدل فيها فى أى وقت شاء ، لأن كل وال إنما هو وكيله فى حال الحياة ، ووصيه من بعد الوفاة ، ولذا يشترط فيها ما يشترط فى الوصى .

١٥٢ ـــ القاعدة الثانية : أن هذه الشروط تثبت للواقف إذا اشترطها لنفسه ، فإذا لم يشترطها للناظر من بعده فليس له أن يعمل بأى شرط من هذه الشروط إلا ما تقتضيه مصلحة الوقف بإذن القاضى ، كشرط الاستبدال ، وكشرط تبديل الأعيان من أراض زراعية إلى مساكن أو حدائق ، أو نحو ذلك . وإذا شرطها للناظر وحده ، فإنها تثبت له ضمنا ، لأن الناظر يستمد الولاية منه ، وهو وكيله أو وصيه ، ولا يمكن أن يثبت للوكيل ما لم يثبت للأصيل ، فاشتراطها للناظر يثبتها ضمنا للواقف .

وإذا اشترطها للناظر ما دام الواقف حيا ، فإنه لا يجوز له أن يستعملها بعد وفاة الواقف ، لأنها جعلت له مقيدة بحياة الواقف ، فيلزم بحكم هذا القيد ؛ ولأنها أعطيت له بوصف أنه وكيل ، لابوصف أنه وصي ، ولأن تقيدها بحياته مؤداه أن يكون تحت رقابته عند تنفيذها ، ويفوت ذلك الغرض إذا استعملها بعد وفاته .

١٥٣ ــ القاعدة الثالثة : أن من شرطت له الشروط العشرة لا يفعلها إلا مرة واحدة إلا إذا اشترط التكرار ، ومعنى عدم التكرار اختلفت فيه المحاكم الشرعية السابقة ثم انتهت إلى أمر أجمعت عليه ، وموضع النظر هو : هل يعتبر الفعل بالنسبة للتكرار أم يعتبر الموقوف عليه بالنسبة للتكرار ، ولنضرب لذلك مثلا ، إذا اشترط لنفسه الزيادة والنقصان وقد وقف على ثلاث جهات من جهات البر ، وبالتساوى ، فزاد إحداها ، فهل معنى ذلك أنه لايصح له أن يزيد بعد ذلك لأى جهة أخرى ، قالت بعض المحاكم إن ذلك لايجوز ، لأن العبرة فى التكرار بالفعل ، وقد تحقق الشرط بالفعل مرة ، وإذا فعل مرة أخرى فقد كرر ، فلا يجوز له أن يزيد آخر . وقالت الكثرة إنه إن زاد بعضها ، فله أن يزيد الآخرين وليس له أن يزيدها ، بل له أن ينقصها ، لأن العبرة فى التكرار بتكراره على كل موقوف عليه ، وعلى هذا استقرت المحاكم الشرعية الملغاة ، وذلك معقول فى ذاته ، لأن اشتراط الزيادة والنقصان له عموم فى موضوعه ، وهو المستحقون ، فإن معناه اللفظى أن له أن يزيد في أنصبة المستحقين ، وله أن ينقص منها ، فيشمل عموم الأنصبة ، ويكون التكرار الممنوع هو ما يتعلق بكل نصيب بمفرده .

وهذا كله إذا لم يشترط الواقف فى وقفه التكرار لنفسه أو لمن شرطت له الشروط العشرة ، فإن شرط التكرار لنفسه أو لمن شرطها له فإن له التكرار ، لأن العبرة فى هذا بالاشتراط ، وقد تحقق .

١٥٤ ــ القاعدة الرابعة : أن الشروط العشرة قابلة للإسقاط فى أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، والأصل فى ذلك هو اعتبار هذه الشروط حقوقا مجردة ، والحقوق المجردة لاتقبل الإسقاط ، فمن له دين على آخر

فله أن يبرئه منه ، وأنه يجوز النزول ما دامت هذه الشروط شخصية ، وبعبارة أدق ما دام النزول عنها إسقاطا وليس تمليكا ، هذا وجه للمسألة ، وهناك وجه آخر ، وهو أن المقررات الشرعية لمقتضيات التصرفات جعلها الشارع أسبابا مقدرة مثبتة ، فهل يجوز لمن استحقها بمقتضى هذه الأسباب أن يسقطها ، أو أن يلتزم بالنزول عنها ، والمقرر فى الكتب الفقهية أن ما يثبته الشارع مقتضى لسبب شرعى لا يقبل السقوط ، ويعتبر إسقاطه لغوا لايلتفت إليه ، فمن أسقطت حقها فى النفقة فى المستقبل لايسقط ، ومن أسقط حقه فى الطلاق لايسقط ، ومن أسقط حقه فى ملكية شىء اشتراه لاتسقط .

فهذه المسألة يتنازعها هذان الأمران :

أولهما — كونها حقوقا مجردة لاتقبل الإسقاط .

والثانى — كونها مقتضيات شرعية .

وقد رجح بعض الفقهاء كونها مقتضيات شرعية ، ولذلك قال ابن نجيم فى رسالته (الإسقاطات) « إن حق الاستحقاق فى الوقف لايسقط بالإسقاط ، وأنه ينبغى أن يلحق بهذا الحق كل شىء تعلق بالوقف . . ومن ذلك المشروط له النظر إذا أسقط حقه فيه لايسقط ، ومنها من له وظيفة فى وقف كالإمام إذا أسقط حقه فى معلوم سنة مثلا لايسقط ، وله أخذه إلا أن يكون الناظر قد استهلكه فيكون إبراء له . . ومنها ما إذاشرط الواقف لنفسه الإدخال والإخراج أو غيرهما أو شرطه لغيره ، ثم أسقط حقه فى ذلك الشرط ينبغى ألا يسقط فيعمل بذلك الى أن يوجد نقل يخالفه » .

وأنه قال ماقال استنباطا غير معتمد على نقل ، وبناء على أن المقتضيات الشرعية لاتقبل الإسقاط ، ولذلك قرر أنه يؤخذ بهذا إلى أن يثبت نقل يخالفه .

ويظهر أنه وجد النقل بعد ذلك أو مايقاس عليه ، ولذلك رجح فى البحر أن هذه الشروط تسقط بالإسقاط ، فقد وجد فى جامع الفصوليين ما نصه : « لو قال وارث تركت حقى لايبطل حقه . إذ لايبطل بالإبطال ،

والحق يبطل به » . وقد فرع ذلك بقوله :« لو قال من له الإدخال والإخراج بعد ما أدخل إنسانا أسقطت حقى فى إخراجه ، أو قال من له ذلك الحق من أول الأمر أسقطت حقى فيهما ، فإنه يسقط حقه ، وليس له إخراج من أدخله فى الصورة الأولى ، ولافعل شيء منها فى الصورة الثانية » .

وبذلك ينتهى القول إلى تطبيق القاعدة التى ذكرناها وهى أن الحقوق المجردة تقبل الإسقاط كحق الدين وحق المرتهن فى حبس العين المرهونة وحق من له خيار الشرط فى إسقاطه فى المدة المعلومة .

وإن ذلك الذى انتهى إليه هو المعقول المقبول ، ولذلك سارت عليه المحاكم الشرعية بعد أن تعارضت أحكامها زمنا .

ويجب أن يلاحظ أمران :

أحدهما : أن هذه الحقوق تسقط بالإقرار بأنها لم تشترط ، ولو كان منصوصا عليه فى كتاب الوقف لاحتمال أنه رجع عنها شفويا بعد ذكر الحق ، فإن من القواعد المقررة فى تفسير كتب الأوقاف أن المتأخر من العبارات ينسخ المتقدم ما دام كله فى مجلس الإنشاء ، والعبرة عند الفقهاء بما ينطق به الواقف ، لابما يكتبه ، أو يسجله الموثق ، ولأن المقر مأخوذ بإقراره حتى يثبت بحكم قضائى تكذيبه فى الإقرار .

الأمر الثانى : أن النزول عن الحقوق المجردة فى نظير مال لايجوز عند فقهاء الحنفية ، وكذلك إذا ثبت أن الإقرار فى نظير مال ، فإن المال فى هذه الحال يكون رشوة ، ولذلك لايثبت المال ، وقيل يسقط الحق ، وقيل لايسقط ،

١٥٥ — القاعدة الخامسة : أن استعمال الشروط العشرة لايفرق بين صحيح ومريض ، فلو كان الوقف أهليا ، وكان على بنيه ، فأخرج بعضهم فى مرض موته ، أو أدخل غير وارث معهم ، أو أعطى بعضهم ، أو نقص من بعضهم ، فإن التغيير الذى أحدثه فى الوقف يمضى ولو لم يجيزوه ، وذلك لأن هذا تصرف فى الغلات ، وليس تصرفا فى الأعيان ، ولأن حق

الورثة لم يتعلق بأعيان الوقف فى مرض موته ، كما تعلق حقهم بماله الحر الذى تركه ، ولأنه تولى ذلك بوصف أنه متولى الوقف ، لابوصف أنه مالك لعين الوقف ، ولهذا كله كان التغيير بمقتضى شروط الواقف يصح من السليم ومن المريض مرض الموت من غير توقف على إجازة أحد بعد الوفاة .

الشروط العشرة فى القانون :

١٥٦ ـــ جاء القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٦م بمصر وأدخل تعديلا فى أحكام الشروط العشرة ، فجاء فى المادة(١٢)ما نصه« للواقف أن يشترط لنفسه لالغيره الشروط العشرة ، أو ما يشاء منها وتكرارها على ألا ينفذ ذلك إلا فى حدود القانون » .

وبهذا النص أبطل حق إعطاء الشروط العشرة لغير الواقف . وطبق هذا على الأوقاف السابقة على القانون ، والأوقاف الصادرة بعد العمل به .

وعبارة« على ألا ينفذ ذلك إلا فى حدود القانون » فيها منع من اتخاذها لإبطال المقررات فيه ، مثلا أن أحد الزوجين والأبوين والورثة من الذرية لهم استحقاق واجب فى الوقف ، فليس له أن يخرج أحدا من هؤلاء ولا أن يزيد ولا أن ينقص ولا يعطى ولايحرم فيما يكون فى دائرة الثلثين من أمواله . وكذلك الأوقاف اللازمة لاتدخلها الشروط العشرة .

ولعل الباعث على منع الشروط العشرة لغير الواقف هو أنها تغيير وتبديل فى صلب كتاب الوقف ، والمعقول أن يكون ذلك حقا له هو باعتباره المنشىء للوقف المعين لمقاصده منه ، وليس لغيره أن يتحكم فى هذه المقاصد .

ولكن إذا جعل الواقف لغيره ذلك ما دام هو حيا صالحا لأن يكون ناظرا على وقفه ، فهل يكون هذا الشرط ممنوعا بحكم القانون ؟ الجواب عن ذلك أنه بمقتضى القواعد الفقهية المقررة بالنسبة للولاية أن الوالى على الوقف فى مدة حياة الواقف وكيل عنه ، فالمتصرف فى الحقيقة هو الناظر ، فإذا أخذنا بهذه القاعدة وخصوصا إذا قيدناها بكون الواقف صالحا للنظر ،

فإن الاشتراط يكون معقولا وغير مخالف للقانون ، لأن ذلك اشتراط لنفسه ، لالغيره ، ولكن يبدو أن ظاهر لفظ القانون يعارضه ، وقد يجاب عن ذلك بأن تفسير القوانين يكون بمقاصدها ، لابمجرد ظواهر الألفاظ ، ولاسيما أن اللفظ بهذا التطبيق لايغير ولايبدل ، لأن الواقف يستطيع أن ينيب غيره بالوكالة فى تنفيذ مايملك بهذا الشرط ، والوكيل ينفذ إرادة موكله فموكله هو المتصرف حقيقة وحكما .

١٥٧ — وقانون الوقف المذكور أجاز الرجوع فى الوقف غير اللازم ، واللازم هو وقف المسجد والوقف على المسجد ، وإذا كان الرجوع فى الوقف جائزا فبالأولى يجوز التغيير فى مصارفه ، وقد استدرك القانون ذلك ، فبين أن بعض الشروط العشرة تثبت للواقف من غير نص عليها ، وذلك ما جاء فى المادة الحادية عشرة ، وهذا نصها :

مادة ١١ — للواقف أن يرجع فى وقفه كله أو بعضه ، كما يجوز له أن يغير فى مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك على ألا ينفذ ذلك إلا فى حدود القانون .

وبمقتضى هذه الفقرة من المادة الحادية عشرة يجوز الإدخال والإخراج والإعطاء والحرمان والزيادة والنقصان والتفضيل والتخصيص ، والتغيير فى المصارف بشكل عام ، ولو نص على أنه ليس له ذلك ، وإنما الذى لايثبت إلا بالنص هو التغيير فى ذات الأعيان الموقوفة بالإبدال أو الاستبدال أو التبديل ، فهذا الجزء من الشروط العشرة لابد فيه من النص لكى يثبت للواقف .

ومن هذا يفهم أن هذا الجزء من الشروط التى تثبت للواقف بحكم القانون لا تقبل الإسقاط ، لأنها حكم قانونى ثبت مقتضى للوقف بهذا القانون . فلا يقبل الإلغاء ، أو الإسقاط ، وقد صرح القانون بذلك ، إذ قال إن هذا يثبت له ، ولو حرم نفسه منه ، وهذا يخالف بعض ما كانت تجرى عليه المحاكم من قبل إذ أنها تنفذ الإسقاط إن أسقطها .

الشروط العشرة فى القانون اللبنانى :

١٥٨ ـــ طبق قانون الوقف اللبنانى بالنسبة للشروط العشرة ما جاء فى الفقه الحنفى إلا ما يكون مخالفا لبعض أحكام هذا القانون. وقد نص على ذلك بالمادة ١٤ التى نصها ، « للواقف اشتراط الشروط العشرة المعروفة شرعا لنفسه أو لغيره ضمن حدود هذا القانون » .

فمع أنه اقتبس أكثر أحكامه من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م المصرى قد خالفه فى هذا ، وأبقى هذا الحق للواقفين توسعة عليهم ، لأنه كلما اتسع الأمر أمام ذوى الأموال أكثروا من الوقف ، وكلما ضيق عليهم فى أحكامه أحجموا عن الوقف بمقدار هذا التضييق ، ولذا قلت الأوقاف فى مصر ، بل زالت بعد القانون رقم١٨٠ لسنة ١٩٥٢م وما جاء بعده مما يخص تنظيم النظر ، وقد أدرك واضعو القانون اللبنانى ذلك ، فوسعوا للواقف فيما لاضرر فيه ، أو يكون فيه ضرر ، ولكنه أقل من ضرر التقييد المطلق المؤدى إلى الإحجام .

ويلاحظ أن الشروط الخاصة بالتغيير فى المصارف تثبت للواقف من غير نص بالنسبة للوقف غير اللازم ، لأنه سوغ الرجوع فى الوقف الذرى (الأهلى) فجاز التغيير فى المصارف تبعا لجواز الرجوع على ما وضحنا ، وقد جاء هذا فى المادة ٧ وهذا نصها : « للواقف أن يرجع فى وقفه الذرى كله أو بعضه ، كما يجوز له أن يغير فى مصارفه وشروطه على ألا يكون ذلك التغيير ماسا بأحكام هذا القانون » .

وعلى ذلك تكون شروط الإدخال والإخراج والإعطاء والحرمان والزيادة والنقصان ، والتفضيل والتخصيص ثابتة من غير حاجة إلى النص عليها ، لأنها تغيير فى المصارف .

ويلاحظ هنا أن القانون اللبنانى أجاز الرجوع فى الوقف الذرى فقط ، بخلاف القانون المصرى فقد أجاز الرجوع فى كل وقف ماعدا وقف المساجد وما وقف عليه ، وبذلك وسع القانون المصرى فى حق الرجوع للواقف بينما ضيق القانون اللبنانى .

الاستبدال

١٥٩ ـــ قلنا عند الكلام فى الشروط العشرة ، أن شرط الاستبدال له أحكام وأحوال خاصة ، ولذا يجب أن يعقد له فصل قائم بذاته لأنه يتصل ببقاء الوقف ، لأن بقاء الوقف بقاء أعيانه ، والاستبدال طريق من طرق البقاء كما قرر فقهاء المذهب الحنفى ، إذ أن الوقف يبقى بالمنقول فى أبداله التى تستبدل به .

وقد اختلف الفقهاء فى جواز الاستبدال ما بين مضيق وموسع ، بل من الفقهاء من كان يمنعه ، ولم يجزه إلا فى أحوال استثنائية قليلة الوقوع ، ومنهم من أجازه لاشتراط الواقف ، أو لكثرة الغلات عند الاستبدال ، والأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد قد ضيقوا بابه ، بل منهم من حاول إغلاقه .

١٦٠ ـــ ومالك رحمه الله قد منعه منعا باتا فى حالتين :

(**إحداهما**) إذا كان مسجدا ، وذلك متفق عليه بين الائمة ما عدا أحمد فإنه يجوز استبدال مسجد بأرض مسجد .

(**والثانية**)إذا كان عقاراا ذا غلة فلا يباح بيعه والاستبدال به إلا لضرورة توسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام (١) ، لأن هذه المصالح عامة للأمة ، وإذا لم تبع الأحباس لأجلها تعطلت وأصاب الناس ضيق ، ومن الواجب التيسير على الناس فى عبادتهم ، وسيرهم ، ودفن موتاهم .

ولقد جاء فى شرح مختصر خليل المسمى بالتاج والإكليل :« لابأس ببيع الدار المحبسة وغيرها ، ويكره الناس السلطان على بيعها إذا احتاج الناس إليها لجامعهم الذى فيه الخطبة ، وكذلك إذا احتاج الطريق إليها ، وإذا كان النهر بجانب طريق عظيمة من طرق المسلمين التى يسلك عليها

---

(١) راجع فى هذا رسالة العلامة شرف الدين يحيى بن محمد الحطاب فى حكمة بيع الأحباس ، وهى مخطوطة فى دار الكتب المصرية برقم ٤٢٧ .

العامة ، فحفرها حتى قطعها ، فإن أهل تلك الأرض التى حولها يجرون على بيع ما يوسع به الطريق »(١) .

وقد قالوا إنه إذا بيع العقار المحبوس لمثل هذه الضرورات أنه لابد له من ثمن إذا كان الموقوف عليهم معينين ، ويدفع إليهم الثمن على أن يشتروا به عقارا يحل محل الأول ، ويكون حبسا فى موضعه وبمصارفه وشروطه . وإذا كان الموقوف غير معين كالفقراء ، ونزع لمرفق عام فإنه لايكون ثمن فى موضعه ، ولذلك جاء فى حاشية الشرح الصغير ما نصه : « ما كان حبيسا على غير معين كالفقراء فلا يلزم تعويضه ، أى دفع ثمن فيه ، لأنه إذا كان على غير معين لم يتعلق به حق المعين ، وما يحصل من الأجر لواقفه إذا دخل فى المسجد أعظم مما قصد تحبيسه » أى أن الثمن لايعطى إلا إذا كان له مطالب ، والوقف على غير المعين لايوجد له مطالب ، فلا ثمن ، ويكون النظر إلى مقدار الثواب للواقف ، ولاشك أن الثواب فى هذا النفع العام أكبر وأجل .

ولم يجز المالكية الاستبدال فى الموقوف إذا كان عقارا ، ولو تخرب وأصبح لايستغل فى شىء . وهذا عند كثرتهم ، ولكن أجاز بعض المالكية المقابلة بعقار آخر يحل محل الوقف إذا لم يكن ذا منفعة ولا ينتظر أن يأتى بنفع قط (٢) .

وقد جاء فى التاج والإكليل :« يمنع بيع ما خرب من ربع الحبس مطلقا ، وقال ابن الجهم : إنما لم يبع الربع المحبس إذا خرب لأنه يجد من يصلحه بإيجار سنين ، فيعود كما كان ، واختلف فى معارضة الربع الخرب بربع غير خرب ، وقال ابن رشد : إن كانت هذه القطعة من الأرض المحبسة انقطعت غلتها بجملة وعجز عن عمارتها وكرائها فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان يكون حبسا مكانها ، ويكون ذلك بحكم من القاضى بعد ثبوت ذلك السبب ، والغبطة فى ذلك للمعوض عنه ، ويسجل ذلك ، ويشهد به »(٣) .

---

(١) الجزء السادس ص ٤٢ .

(٢) رسالة الحطاب المذكورة آنفا .

(٣) الجزء السادس ص ٤٢ .

ونرى من هذا منع الاستبدال إلا فى المنافع العامة ، وفيما عداها الاستبدال إلا إذا كانت العين خربة لاينتفع منها بشىء ، ولا يوجد من يستأجرها مدة طويلة ويقدم الأجرة ، فإن الاستبدال بطريق المبادلة بعقار آخر يجوز على قول بعضهم ، لاعلى قول كلهم .

وإن هذا كله لوحظ فيه أن يكون الموقوف عقارا ، لأن وقف العقار قصد به الدوام غالبا ، ولأنه صالح للبقاء يفرض فيه وجود غلة ثابتة ، ولو بطريق الانتظار حتى يستأجر ، وإن خرب أمدا فهو صالح للعمارة فى آماد مستقبلة .

١٦١ — أما وقف المنقول فان الاستبدال فيه عند المالكية جائز ، وذلك لأن منع الاستبدال قد يؤدى إلى إتلافه ، ولذلك قرروا أن الموقوف إذا كان حيوانا عراه ضعف أو ثيابا عراها الخلق بيعت واشترى بثمنها ما يحل محلها ، ولقد روى عن مالك رضى الله عنه أنه قال : « ما ضعف من الدواب المحبسة فى سبيل الله تعالى حتى لايكون فيه قوة على الغزو — بيع واشترى بثمنه ما ينتفع به من الخيل ، فيجعل فى سبيل الله وقال ابن القاسم : فإن لم يبلغ ثمن فرس أو هجين أو برذون فليعن بذلك فى ثمن فرس ، وما بلى من الثياب المحبسة ولم يبق فيها منفعة بيعت واشترى بثمنها ثياب ينتفع بها ، فإن لم تبلغ بيعت فى السبيل الذى حبست عليه الثياب »(١) .

ومن تسامحهم فى الاستبدال فى المنقول أن المسجد إذا تخرب وخيف على أنقاضه من الفساد ولم ترج عمارته لابأس ببيعها ، وأعين بثمنها فى مسجد غيره ، أى يجوز أن يستعان بالنقص ذاته فى بناء مسجد آخر ولايباع .

والأساس فى التفرقة بين المنقول والعقار ، هو فى رجاء الانتفاع فى المستقبل في العقار فشددوا فى استبداله وعدم رجاء ذلك فى المنقول فلم يتشددوا فى استبداله .

---

(١) التاج والإكليل جـ ٦ ، ص ٤١ .

١٦٢ ـــ ومذهب الشافعي رضى الله عنه فى الاستبدال يقارب مذهب مالك رضى الله عنه ، فقد صدر المذهبان عن فكرة واحدة ، وهى التشديد فى منع الاستبدال حتى لايكون فى ذلك ضياع للأوقاف ، فالشافعى منع بيع المسجد مطلقا ولو تخرب .

واختلف الشافعية إذا أصبح العقار الموقوف لايأتى بنفع مطلقا ، ففريق أجاز الاستبدال ليكون الوقف مغلا ، وفريق منعه ، وقد جاء فى المذهب ما نصه :

« وإن وقف نخلة فجفت أو بهيمة فزمنت أو جذوعا على مسجد فتكسرت ففيه وجهان :

أحدهما ـــ لايجوز بيعه كما ذكرنا فى المسجد .

والثاني ـــ يجوز بيعه ، لأنه لايرجى منفعته ، فكان بيعه أولى من تركه بخلاف المسجد ، فإن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه ، وقد يعمل الموضع فيصلى فيه ، فإن قلنا تباع كان الحكم فى ثمنه حكم القيمة التى تؤخذ من متلف الوقف » .

ونرى من هذا أن الشافعية تشددوا فى المنقول مع أن المالكية لم يتشددوا فيه ذلك التشدد .

وإنه بلغ من تشدد الشافعية فى منع الاستبدال أنهم منعوا بيعه ، ولو فى حال عدم الصلاحية إلا بالاستهلاك ، فأجازوا للموقوف عليهم استهلاكه لأنفسهم ،ولم يجيزوا بيعه ، فإذا كان الموقوف شجرا وجف حتى لم يعد صالحا للإثمار ولا ينتفع به إلا فى اتخاذه وقودا جاز للموقوف عليهم أن يتخذوه وقودا لأنفسهم ولايجوز لهم بيعه ، لأنه مع عدم إمكان الانتفاع به إلا باستهلاكه لم تزل عنه صفة الوقف التى تمنع البيع عندهم منعا مطلقا .

ولذلك جاء فى نهاية المحتاج مانصه :

« لو لم يمكن الانتفاع بها إلاباستهلاكها بإحراق أو نحوه صارت

ملكا للموقوف عليه ، كما صححه ابن الرفعة ، وجرى عليه ابن المعرى في روضه . لكنها لاتباع ولاتوهب ، بل ينتفع بها كأم الولد . . ولا يلزم تناف بسبب القول بعدم بطلان الوقف مع كونه ملكا . لأن معنى عوده ملكا أنه ينتفع به ولو باستهلاك عينه ، ومعنى عدم بطلان الوقف أنه ما دام وقفا لايفعل به ما يفعل بسائر الأملاك من بيع ونحوه »[١] .

ويظهر من كل هذه النصوص أن الوقف إذا كان فيه ريع ولو كان قليلا لايباع ، ولو أذن بذلك القضاء على مذهبهم ، بل إن عبارة بعض الكتب تمنع الاستبدال مطلقا ، إذ نصها : « لايباع موقوف وإن خرب » .

هذا تشدد فى منع الاستبدال كالمذهب المالكى أو أشد ، وإنا لنعتقد أن ذلك إفراط فى التشديد قد يجر إلى بقاء دور الأوقاف خاوية على عروشها لاينتفع بها أحد ، وبقاء الأرض غامرة ميتة لاتمد أحدا بغذاء ، ولايستظل بأشجارها إنسان ، وذلك خراب فى الأرض ، وتعميمه يؤدى إلى فساد كبير فى وسائل الاستغلال ، فوق مافيه من الإضرار بالمستحقين والفقراء وجهات البر . وانقطاعها بمضى الزمان وتوالى الحدثان .

١٦٣ — وقد تحلل مذهب أحمد رضى الله عنه من قيود التشديد قليلا ، وتساهل فى بيع الأحباس لتحل أخرى محلها ، وبذلك سار فى طريق الاستبدال خطوة أوسع من الإمامين الجليلين مالك وتلميذه الشافعى ، وإن لم تكن الخطوة واسعة بالنسبة لمذهب أبى حنيفة .

وأوضح تساهله كان فى إجازة بيع المساجد ، فقد أجاز بيع المسجد إذا صار غير صالح للغاية المقصودة منه ، كأن ضاق على أهله ، ولم يمكن توسيعه حتى يسعهم ، أو خربت الناحية التى فيها المسجد ، وصار غير مفيد ، ولا نفع منه ، ففى كل هذه الأحوال يباع المسجد ، ويصرف ثمنه فى إنشاء مسجد آخر يحتاج إليه فى مكانه .

وقد جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع مانصه : « ونص على جواز

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج جـ ٤ ، ص ٢٨٦ .

بيع عرصته (أى المسجد) فى رواية عبد الله ، وتكون الشهادة فى ذلك على الإمام ، قال أبو بكر : وقد روى عن ابن سعيد أن المساجد لاتباع ، وإنما تنقل آلتها ، قال وبالقول أقول ، لاجتماعهم على بيع الفرس الحبيس يعنى الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو ، وأمكن الانتفاع بها فى شىء آخر ، مثل أن تدور فى الرحى ، أو يحمل عليها تراب ، أو تكون الرغبة فى نتاجها .. فإنه يجوز بيعها ، ويشترى بثمنها ما يصلح للغزو .. ولنا ما روى أن عمر رضى الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه نقب بيت المال الذى بالكوفة أن اجعل بيت المال فى قبلة المسجد ، فإنه لايزال فى المسجد مصلى ، وكان هذا بمشهد من الصحابة ، ولم يظهر خلافه فكان إجماعا ، ولأن فيما ذكرنا استبقاء للوقف بمعناه عند تعذر إبقائه بصورته ، فوجب ذلك . قال ابن عقيل : الوقف مؤبد ، فإن لم يمكن تأبيده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام فى عين أخرى ، وإيصال الأبدال جرى مجرى الأعيان ، وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض »(١) .

ونرى من هذا أنهم يفتحون فى المذهب الحنبلى باب الاستبدال ، ولكنهم يقصرونه على حال الضرورة ، وهى ألا يكون الموقوف صالحا للغرض الذى كان منه ، فلم يعد صالحا للانتفاع به على الوجه الذى رصد من أجله ، ولذا لم يجيزوا الاستبدال إذا كان للإكثار من الغلة مع بقاء أصل الانتفاع المقصود .

١٦٤ — وقد قرر الحنابلة أنه اذا لم تتعطل مصالح الوقف تعطلا تاما لكن قلت ، ويمكن أن يستبدل به ما هو أنفع منه وأكثر ثمرة على الموقوف عليه لم يجز بيعه عندهم ، لأن الأصل عندهم تحريم البيع ، إنما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله ، ومع الانتفاع به وإن قل لايضيع المقصود فلا يباح البيع لعدم الضرورة .

إذا بيع الوقف فى المذهب الحنبلى عند وجود الضرورة ، فأى شىء

(١) المغنى ، الجزء السادس ص ٢٣٧ .

يشترى بالثمن مما يرد على أهل الوقف بغلة جاز ، وإن كان غير جنسه ، لأن الاعتبار للغلة وكثرتها وقلة النفقات فلا اعتبار إلى الجنس ، وضرورة اتحاد البدل والمبدل منه ، ولكن لاتصرف الغلات إلا إلى المصلحة التى حبست العين الأولى عليها ، لأنه لايجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه ، كما لايجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به »[1] .

والذى يتولى بيع الموقوف عند الاستبدال ، وشراء ما يقوم مقامه هو الحاكم إذا كان الوقف على مصلحة عامة كالمساجد والقناطر والمساكن ونحوها ، لأن الاستبدال فسخ لعقد لازم فى موضع مختلف فيه اختلافا قويا ، فتوقف على الحاكم ، كالفسوخ المختلف فيها (٢) وإن كان الوقف على معين فالذى يتولى البيع ناظره الخاص ، والأحوط ألاّ يفعل ذلك إلا بإذن الحاكم ، لأنه يتضمن البيع على من يجىء بعده من الأخلاف ، فأشبه البيع على الغائب والشراء له ، فكان لابد من إذن الحاكم صاحب الولاية العامة .

ويلاحظ أن التعليل الأول يعم الوقف على معين ، والوقف على جهة عامة ، ولكن يظهر أنه فى الوقف على معين رجح جانبه باعتباره مالكا على المذهب الحنبلى ، ولأنه يوجد طرف فى العقد سواه .

وبمجرد شراء البدل يكون وقفا ، لأن البدلية قائمة ولكن قالوا إن الاحتياط وقفه بصيغة جديدة لاتختلف عن الأولى ، لئلا ينقضه من لايرى وقفيته بمجرد الشراء

١٦٥ ــ هذا مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه فى الاستبدال ، وقد تبين من سياقه أنه وسع نطاقه قليلا عن الإمامين السابقين فى غير المسجد ، وخالف المذاهب الأخرى كلها فى المسجد فأجاز استبداله ، وذلك ما لم يقله غيره ، وله فى ذلك نظر واقعى سليم .

---

(١) الشرح الكبير على المقنع ، جـ ٦ ، ص ٢٤٤

(٢) منتهى الإرادات

ومذهب الحنفية فى الاستبدال قد وسع بابه فى غير المسجد ، وظهرت فى ذلك المذهب نتائج الاستبدال بمحاسنه ومساوئه ، ككل قاعدة سليمة ، تقبل الاستخدام الصالح والطالح ، وككل قاعدة قويمة تعطى حدين للآخذين بها فإن استمتعوا بحقها وعرفوا واجبها أحس الناس بخيرها ، وإن ظنوها متعة لاتحدها واجبات بدت للناس على غير وجهها ، لأنها مسخت بأخلاق منفذيها ، وشاعت بمقاصدهم السيئة ، وكذلك كان شأن الاستبدال الذى أطلق فى المذهب الحنفى ظهرت فى عصور كثيرة مساوئه ، حتى كان الواقفون يشترطون فى أوقافهم عدم الاستبدال ، وإن تخرب الوقف وأصبح لايأتى بأى غلة .

١٦٦ — ولقد ذكرت كتب الحنفية أن الاستبدال له ثلاث أحوال :

الحالة الأولى — أن يجعل الواقف لنفسه أو لمن يتولى الوقف حق الاستبدال ، كأن يقول عند إنشاء الوقف : أرضى صدقة موقوفة على أن لى استبدال غيرها بها ، أو أن لى بيعها وجعل غيرها وقفا فى موضعها . وفى هذه الحال يكون الوقف صحيحا ، والشرط صحيحا عند الصاحبين فى بعض الروايات . وروى عن محمد أن الوقف يصح والشرط يبطل . وقد ذكر هذه الرواية كمال الدين بن الهمام فى فتح القدير ، فقد قال :« ولو شرط أن يستبدل بها أرضا أخرى تكون وقفا مكانها فهو جائز عند أبى يوسف وهلال والخصاف ، وهو استحسان ، وكذا لو قال على أن أبيعها وأشترى بثمنها أخرى مكانها . وقال: محمد يصح الوقف ويبطل الشرط ... وفى فتاوى قاضيخان قول هلال وأبى يوسف هو الصحيح ، لأن هذا شرط لايبطل الوقف ، لأن الوقف يقبل الانتقال من أرض إلى أرض ، فإن أرض الوقف إذا غصبها غاصب ، وأجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لاتصلح للزراعة يضمن قيمتها ، ويشترى بها أرضا أخرى فتكون وقفا مكانها ، وكذا أرض الوقف إذا قل دخلها بحيث لاتحتمل الزراعة ، ولا تفضل غلتها من مئونتها ، ويكون صلاح الوقف فى استبدال أرض أخرى »[١] .

(١) فتح القدير جـ ٥ ، ص ٥٨

وجاء في مبسوط السرخسي مانصه :

« إذا شرط الواقف أن يستبدل به أرضا أخرى إن شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف رحمه الله ، وعند محمد ، وهو قول أهل البصرة رحمهم الله — الوقف جائز والشرط باطل ، لأن هذا الشرط لايؤثر فى بقائه ، والوقف يتم بذلك ولا ينعدم معنى التأبيد ، فيتم الوقف بشروطه ، ويبقى الاستبدال شرطا فاسدا ، فيكون باطلا فى نفسه ، كالمسجد إذا شرط الاستبدال به شرط أن يصلى فيه قوم دون قوم ، فالشرط باطل ، واتخاذ المسجد الصحيح ، فهذا أصله »(١) .

وينقل ابن عابدين فى حاشيته على البحر قولا ثالثا ، فقد جاء فى تلك الحاشية :« وذهب محمد إلى أن الوقف والشرط كليهما باطلان كما نقله قاضيخان » .

ومهما يكن من نقول فالصحيح فى مذهب الحنفية أن الواقف إذا جعل لنفسه أو لغيره حق الاستبدال كان وقفه صحيحا ، وشرطه نافذا لأن ذلك الشرط لاينافى لزوم الوقف وتأبيده ، لأن اللزوم والتأبيد لايقومان بعين معينة بحيث يزول الوقف بزوال صفتها ، بل يقومان بعين مغلة ، فالغلات المثمرة هى أساس بنيان الوقف ، فما دامت غلات الوقف تصرف على التأبيد ، وما دام الوقف مستمرا فى صرف غلاته على مصارفها فهو لازم أبدى ، إذ العبرة فى الوقف بمعنى الاستمرار فى الصرف على أوجه البر التى عينها الوقف ، فما دام ذلك مستمرا فالوقف مستمر ، وشرط الاستبدال لاينافى هذا ، بل إنه فى أكثر أحواله يكون لزيادة الغلات أو منع تضاؤلها — وذلك إذا كان من ناظر حكيم على علم بتصرف الشئون المالية والاقتصادية .

١٦٧ — وإذا شرط الواقف لنفسه حق الاستبدال أو جعله للمتولى على الوقف فإن له أن يستبدل ولو لم يستأذن القاضى ، لأنه ينفذ شرط الواقف

---

(١) المبسوط جـ ١٢ ، ص ٤٢

بموجب ما أعطاه الشارع من ولاية خاصة ، والولاية الخاصة مقدمة على ولاية القاضى العامة .

وإذا باع الواقف أو الناظر العقـار الموقوف ، فإن ما يشتري بثمنه من عقار يكون وقفا ، وإن لم يشهد على أنه اشترى ذلك الوقف ، وإذا باع العقار مناقلة بعقار آخر كان الثانى وقفا مكانه بمجرد عقد البيع .

ومتى استبدل من له حق الاستبدال مرة فليس له أن يستبدل مرة أخرى إلا إذا كان قد أعطى حق التكرار .

والاستبدال فى حالة اشتراطه يجوز ولو كانت العين ذات ريع ونفع ، لأن ذلك تنفيذ للشرط ، فلا يشترط فيه نقص الغلات ولاعدمها ، ولكن ينبغى أن يكون الاستبدال لمعنى يقصد الناظر فيه مصلحة للوقف ، وإن لم تكن كثيرة الغلات ، مثل أن يكون العقار الموقوف قريبا من محل إقامته ، أولأنه يسهل عليه الإشراف عليه أكثر من غيره ، لأن الاستبدال بالنسبة للوقف عمل خطير ، فلابد أن يكون لسبب معقول ، ولقد ترك تقدير ذلك للناظر إذا كان الواقف قد أعطاه ذلك الحق .

ويتبع مايذكره فى الوقف البدل ، فإن شرط أن يكون البدل من الدور مثلا لايجوز أن يشترى بثمن الوقف غيرها ، وإن أطلق فلم يعين نوع البدل اشترى ما هو من جنس العقار ، ويجوز له أن يستبدل بالأراضى الزراعية حدائق ، وأن يشترى بالدور أراضى زراعية ، إلا إذا كان الانتفاع المشروط على طريق السكنى كما هو مذهب الحنفية .

هذا وقد اتفق أئمة المذهب الحنفى على أن شرط الاستبدال فى المسجد لايصح ، ويكون الوقف صحيحا والشرط باطلا ، لأن المسجد يراد للصلاة فيه ، فالبقعة مقصودة عند الحنفية ، وأما غير المسجد فإنما يراد به الانتفاع أو الاستغلال ، فاشتراط الاستبدال فيه جائز لجواز كثرة الغلات ، أو كثرة المنافع فى غير العين الموقوفة ، ولأن الأصل فى الأوقاف عدم البيع للاستبدال أو غيره ، ولا يجوز البيع إلا استحسانا .

١٦٨ — الحال الثانية إذا لم يشترط الواقف الاستبدال لنفسه ولا لغيره ، وصار الوقف بحال لايمكن الانتفاع به فيها ، كأن يخرب وليس له مايعمر به ، أو تصير الأرض سبخة لاتخرج غلة تزيد على مئونتها فالاستبدال فى هذه الحال جائز ، ولكن لابد من إذن القاضى لأنه هو الذى يقدر ذلك ، وذلك هو رأى الكثرة الكبرى من فقهاء الحنفية ، فقد جاء فى فتاوى الطرسوسى : « سئل شمس الأئمة الحلوانى عن أوقاف المسجد إذا تعطلت ، وتعذر استغلالها ؟ هل للمتولى أن يبيعها ويشترى مكانها أخرى ؟ قال : نعم ، قيل : إن لم تتعطل ولكن يؤخذ بثمنها ويشترى ما هو خير منها هل له أن يبيعها ؟ قال : لا . ومن المشايخ من لم يجوِّز بيع الوقف تعطل أو لم يتعطل ، وكذا لم يجوز الاستبدال ، وهكذا حكى عن شمس الأئمة السرخسى [١]

ولقد روى عن محمد رضى الله عنه جواز الاستبدال فى هذه الحال ، أى حال التعطل ، وعدم وجود غلة ، وهذا نص ما جاء فى فتاوى الطرسوسى أيضا : « وروى عن محمد أنه إذا ضعفت الأرض الموقوفة والقيم يجد بثمنها أرضا أخرى أكثر ريعا ، له أن يبيع هذه الأرض ويشترى بثمنها ما هو أكثر ريعا . وفى المنتقى قال هشام : سمعت محمدا يقول فى الوقف : إذا صار بحيث لاينتفع به المساكين فللقاضى أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره ، وليس ذلك إلا للقاضى ، وإذا خربت الأرض الموقوفة وأراد القيم أن يبيع بعضها ليرمم الباقى بثمن ماباع فليس له ذلك »[٢] .

ومع أن هلالا قد جوَّز شرط الاستبدال ، واعتبره شرطا واجب المراعاة لم يجوِّز الاستبدال فى حال فقدان الغلة ، فقد جاء فى الفتاوى المذكورة : « قلت إن الاستبدال لايجوز عنده إلا فى حال الشرط فقط ، فلا يجوز فى غيره قط » .

وفى الجملة أن كثرة الفقهاء قد قرروا جواز الاستبدال فى حال عدم الغلة . وقد ألحق بهذه الحال صورتان هما :

(١و٢) أنفع الوسائل ص ١١٢ .

(١) إذا غصب الوقف غاصب وعجز المتولى عن أخذه ، ولا دليل يثبت الغصب ، وأراد الغاصب أن يدفع قيمه الأرض ، فإنه يقبل منه العوض وجوبا ، ويشترى به العقار ليكون بدل المغصوب ، والظاهر أن قبول العوض لايحتاج إلى إذن القاضى ، والشراء يكون بإذن القاضى .

(ب) إذا أجرى غاصب الأرض الماء عليها حتى صارت جزءا من البحر ولا يمكن زرعها ، فإنه يجب على القيم فى هذه الحال أن يضمن الغاصب قيمة الأرض ، وما يشترى بالقيمة يكون وقفا يقوم مقام المغصوب ، ولابد من إذن القاضى عند الشراء .

١٦٩ ــ الحال الثالثة للاستبدال في المذهب الحنفى هى أن يكون للوقف ريع وغلات تفضل من مئونته ، وتصرف فى مصارفه ولكن يمكن أن يستبدل به ما هو أدر نفعا ، وأكثر غلة ، ولا يوجد شرط للواقف يسوغ الاستغلال . وقد اختلف فقهاء الحنفية فى هذا اختلافا كبيرا . فأبو يوسف رضى الله عنه يجيزه ، لأنه أنفع للواقف ، وليس فيه منافاة لمقصده .

وقد جاء فى الذخيرة .« روى عن أبى يوسف أنه قال : لابأس باستبدال الوقف لما روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه وقف على الحسن والحسين رضى الله عنهما ، فلما خرج إلى صفين قال : إن نأت بهم الدار فبيعوها واقسموا ثمنها بينهم ، ولم يكن شرط البيع فى أصل الوقف » .

وإن الدليل فى مقدماته أكبر من النتيجة التى يطلبها الإمام أبو يوسف أو من يحكى قوله ، لأن كلام الإمام على يدل على أنه يجوز بيع الوقف واقتسام ثمنه إن لم يؤد إلى الغاية المقصودة منه ، والقضية التى يراد الاستدلال عليها هى بيع الموقوف لشراء غيره الذى يحل محله ، وهذه دون ما يؤدى إليه الدليل .

وهلال رضى الله عنه يمنع الاستبدال فى هذه الحال وغيرها كما بينا ؛ فقد جاء فى وقفه :« قلت :أرأيت لو قال صدقة موقوفة لله أبدا ، ولم يشترط

بيعها ، له أن يبيعها ، ويستبدل بها ما هو خير منها ؟ قال : لايكون له ذلك إلا أن يكون قد شرط البيع ، وإلا فليس له أن يبيع ، قلت : ولم لا يجوز وهو خير للوقف ؟ قال : لأنها لاتباع ، وإنما جوزت ذلك إذا اشترطه فى عقد الوقف ، لأن الواقف إنما وقف على مثل ذلك ، ولو جاز له بيع الوقف بغير شرط كان فى أصله ، كان له أن يبيع ما استبدل بالوقف ، فيكون الوقف يباع فى كل يوم وليس هكذا الوقف » .

ويختار كمال الدين بن الهمام منع الاستبدال فى هذه الحال ، فيقول فى فتح القدير :

« ينبغى ألايجوز(أى الاستبدال فى حال وجود غلة) لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه ، دون زياده أخرى ، ولأنه الموجب للتجويز ، لأن الموجب فى الأول الشرط ، وفى الثانى الضرورة ، ولا ضرورة فى هذا ، إذ لاتجب الزيادة فيه ، بل تبقيته كما كان أولى ، ولعل مجمل مانقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف إلا فى رواية عن أبى يوسف هو هذا الاستبدال أى ما كان للضرورة .

١٧٠ ـــ والفتوى من قديم الزمان على جواز الاستبدال فى هذه الحال كسابقتها ، وعليه العمل فى المحاكم العربية ، إن استثنينا البلاد السعودية فإن العمل فيها على مقتضى المذهب الحنبلى ، وإن الاستبدال فيه مصلحة ظاهرة ، وإنك لترى أراضى زراعية قد صاقبتها المبانى وأصبحت جزءا من المدن ، ولو بقيت تزرع كما هى ، ولم يستبدل بها غيرها لكانت ثمراتها ضئيلة بالنسة لما عساه يكون بدلا عنها ، فلو اشترى بدلا لها بثمنها لاشترى أضعافها مقدارا وغلات ، فلماذا يجمد الوقف على حال واحدة لايتغير بتغير الزمان والأحوال .

والاستبدال فى هذه الحال كالحال التى قبلها لايصح إلا بإذن من القاضى ، لأن القاضى هو الذى يقدر الحاجة إلا إذا كان قد شرط الواقف للناظر حق الاستبدال فإنه يجوز بمقتضى المذهب الحنفى ، ولكن للقاضى الرقابة على عملية الاستبدال .

ولايشترط فى العقار المستبدل إلا أن يكون من جنس العقار إذا كان موقوفا للاستغلال ، وإذا كان موقوفا للسكنى فإنه لايجوز إلا إذا كان عقارا يصلح للسكنى ، ولكن ذلك على مقتضى المذهب الحنفى ، والمذهب الحنبلى لايوجب التقيد بهذا الشرط ، بل يفتح الباب لحرية الانتفاع . وقد أخذ بها القانون المصرى رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م ، وحاكاه القانون اللبنانى ، والقانون المصرى لم يعد لتطبيقه فى هذا موضع لإلغاء الوقف الذى كان يثبت فيه مثل هذا الشرط . إلا إذا كان ينطبق على وقف الخانات ونحوها من جهات البر .

١٧١ — هذه أحوال الاستبدال الثلاث . وقد اشترطوا لصحة الاستبدال شروطا كثيرة منها ما تطابقت عليه كلمة أكثر الفقهاء والكتاب ، ومنها ما هو موضع خلاف ، واشترط ما اشترطه من المتأخرين لما لاحظه من مظالم وقعت ، ومفاسد ظهرت ، ولنذكر هنا ما اتفقت عليه كلمة أكثر الفقهاء ، ولنترك ما اختلفوا فيه إلى أن نتكلم عن طريقة الاستبدال .

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أنه يشترط فى الاستبدال جملة شروط :

أولها — ألا يكون البيع بغبن فاحش ، وهو مالا يدخل فى تقويم الخبراء ، لأن البيع بغبن فاحش ظلم وتبرع بجزء من عين الوقف ، وذلك لايجوز لأحد سواء أكان قاضيا أم كان غير قاض .

الشرط الثانى — ألا يبيعه القيم لمن لاتقبل شهادته له ، ولا من له على القيم دين ، لأن البيع لمن لاتقبل شهادته له مدعاة إلى الاتهام ، إذ فيه احتمال أن يقع غبن على الوقف ،أو يكون التصرف ليس من مصلحته فى شىء ، والبيع لمن له دين على القيم فيه احتمال ضياع مال البدل ، بعجز القيم عن السداد ، فيضيع الوقف ، ولأنه لايصح أن يقرض من ثمن الوقف قبل شراء البدل ، فبالأولى لايصح البيع بدين فيه احتمال أن يذهب بالتوق ،بل إن الظاهر أنه لايباع بثمن مؤجل خشية العجز عن الأداء، والواقف يحتاط له ما أمكن الاحتياط .

وقد ذكر صاحب البحر حادثة فتوى كان البيع فيها لابن الناظر ومن

له دين عليه ، وهذا نص ما جاء فى البحر :

وقد وقعت حادثتان للفتوى .

إحداهما — باع الوقف من ابنه الصغير ، فأجبت بأنه لايجوز اتفاقا ، كالوكيل من ابنه الصغير ، والكبير كذلك خلافا لهما ، كما عرف فى الوكالة .

ثانيتهما — باع من رجل له على المستبدل دين ، وباعه الوقف بالدين ، ينبغى ألا يجوز على قول أبى يوسف وهلال ، لأنهما لايجوزان البيع بالعروض فبالدين أولى .

الشرط الثالث — أن يتحقق أن العين التى اشتريت أكثر خيرا وأبعد عن الضرر من العين التى بيعت إذا لم يكن الاستبدال بشرط الواقف لأن الاستبدال فى هذه الحال لكثرة النفع فى البدل ، فيجب أن تكون الغبطة فى جانب الوقف متحققة .

١٧٢ — ومما سبق يتبين جليا أن فقهاء الحنفية قد فتحوا باب الاستبدال على مصراعيه ، وجرى العمل على مذهبهم ردحا طويلا من الزمن ، ولذا ظهر الاستبدال بمساوئه ومحاسنه ، ومن المؤلم أن نرى التاريخ قد حفظ لنا صورا كثيرة كان جانب المساوىء فيها أشد ظهورا ، وأبرز وجودا ، فقد حكى لنا التاريخ أن قوما من ذوى السلطان قد مكن الله لهم فى الأرض ، فعاثوا فيها فسادا ، وعدوا على الأوقاف يأكلونها ، وقد عاونهم على ذلك قضاة ظالمون ، وشهود زور ، فقد ذكر التاريخ أن الأمير جمال الدين ، وهو من أمراء مصر فى عهد المماليك كان إذا وجد وقفا مغلا ، وأراد أخذه أقام شاهدين يشهدان بأن هذا المكان يضر بالجار والمار ، وأن الحظ أن يستبدل به غيره ، فيحكم قاضى القضاة عمرو باستبدال ذلك ، وهكذا كلما أراد وقفا اصطنع شهودا يشهدون بأن الاستبدال فى مصلحة الوقف ، وفى مصلحة الكافة وسار الناس على منهاجه .

ولقد كان لذلك أثره فى آراء بعض الفقهاء ، فالطرسوسى يشدد فى تحرى الغبطة فى جانب الوقف ، ويضع قيودا شديدة لكى يمنع العابثين من

أن يعبثوا ، وينقم من القضاة أنهم لم يتحروا تلك الغبطة تحريا دقيقا ، فيقول :

« والذى كان يفعله بعض القضاة الجهال أنه يثبت استبدال ناظر الوقف من غير أن يأذن له فيه ، ويحكم بصحته ، ويستبدل بالضيع الجيدة والبساتين الكبار المثمرة ، وبيت قائم بمرج دمشق . وأمثال ذلك ، ويأخذ عوضا أما ريعا ، وإما دارا بالقاهرة ، وأماكن لاينتفع بها ، ولاتصلح أن توقف ، فهذا لايجوز على قول أبى يوسف ولاعلى قول غيره ، وهو خطأ بيّن ، واجب النقص . ويثاب من نقضه وأعاده إلى الواقف على حاله الأولى ، ولكن الطريق فى هذا إذا دعت الضروزة إليه ، ومست الحاجة إلى فعله أن يقف القاضى بنفسه على الوقف الذى يستبدل به ، إن أمكنه ذلك ، وعلى المكان الذى يدفع عوضه ، فإذا رأى المصلحة فى الاستبدال لجهة الوقف ، بحيث تكون محلة المملوك أجود من محلة الوقف ، وخيرها أكثر من خير الوقف ، أن يكون الوقف والبدل فى محلة واحدة ولكن الملك أكثر ريعا ، وأجدّ بناء ، فحينئذ يأذن لعدلين أمينين ضابطين ، لهما خبرة بالقيمة والمساحة غير متهمين ، ولا متساهلين فى شهادتهما ، يقف كل واحد منهما على ذلك ويشهد به ، ويكتب خطه ، فإذا ثبت ذلك عند القاضى ، وسكن قلبه إلى شهادتهما واتصل به كتاب الوقف ، أذن القاضى فى الاستبدال ، ويكتب الشهود خطوطهم بالمصلحة والغبطة لجهة الوقف فى الاستبدال ، ويكتب القاضى على طرة كتاب الوقف بحذاء البسملة : أذنت بذلك ، ويشهد الشهود على الناظر بالاستبدال ، وعلى صاحب العقار المملوك أيضا ، ثم بعد ذلك يأتون إلى القاضى ، ويدعى بأن ناظر الوقف المذكور فلانا استبدل بالمكان المحدود عن الوقف المذكور ، وأنه بعد ذلك وضع يده على الوقف ، ولم يسلمه إلى صاحب الملك الذى استبدل به ، ويسأل سؤاله عن ذلك فيجيب بأنه يثبت مدعاه ، وبعد ذلك يستأدى المدعى الشهود على ما وقع من الاستبدال فيشهدون عند القاضى بذلك ، فإذا ثبت المدعى سأل المدعى عن الحكم بصحة الاستبدال وقفا على شرط وقفه مع العلم بالخلاف فى ذلك ، ويحكم الحاكم بذلك كله ، ويوقع على هامش كتاب الاستبدال »[1]

(١) أنفع الوسائل ص ١١٤ و ١١٥ .

ونرى أنه يشدد فى طريق الاستبدال حتى جعله لايتم إلا بثلاثة أعمال :

أولها — أن يفحص القاضى بنفسه — إن أمكن — الوقف والبدل .

وثانيها — أن يكلف اثنين من الخبراء العادلين الأمناء بالفحص لتبين أن الغبطة فى جانب الوقف ، فإن ثبت أذن الاستبدال .

وثالثها — أن يكتب كتاب الاستبدال بعد أن يدعى الاستبدال ، وتسمع الشهادة عليه .

وما دفعه إلى كل ذلك التشديد إلا الاستيثاق من أن الغبطة فى جانب الوقف ، وأن الاستبدال قد تم لمصلحته .

١٧٣ — ومن ذلك نرى أن القاضى هو قطب الرحى ، وربما يكون من قبيل القاضى الذى كان يسهل للحاكمين الظالمين اغتصاب الأوقاف ، وكان فى زمن المماليك منه العدد الوفير ، ولذلك اشترط كثيرون من الفقهاء فى القاضى الذى يأذن بالاستبدال أن يكون قاضى الجنة ، وهو العالم العدل الأمين ، وقد جاء فى الإسعاف فى بيان الاستبدال الذى لم يشترطه الواقف .

«وأما إذا لم يشترطه فقد أشار فى السير إلى أنه لايملكه إلا القاضى إذا رأى المصلحة فى ذلك ، ويجب أن يخصص برأى أول القضاة الثلاثة المشار إليه بقوله عليه الصلاة والسلام :« قاض فى الجنة وقاضيان فى النار » المفسر بذى العلم والعمل لئلا يحصل التطرق إلى إبطال الأوقاف ، كما هو الغالب فى زماننا »(١) .

ولكن هل من السهل أن نعرف القاضى العالم العدل الأمين من بين سائر القضاة ؟ إن معرفة دفائن القلوب ليست أمرا هينا لينا ، واستبطان حقائق الرجال ليس أمرا ميسورا ، وإن ولى الأمر يختار القضاة من العلماء الأمناء العادلين ، على حسب ما يؤدى اجتهاده ، والاجتهاد يخطئ ويصيب ، وليس من المعقول أن يختار ولى الأمر العادل الذى يريد إصلاح الرعية — قاضيا فاسد

---

(١) الإسعاف ص ٣٢ ، وقد تم تأليف الاسعاف سنة ٩٠٥ من الهجرة .

يعلم فسقه ، أو قاضيا جاهلا يعلم جهله ، بل إنه يختار العدل فى نظره والعمل هو الذى يكشف عن حقيقته .

ولذا نقول أن الشرط الذى اشترطه صاحب الإسعاف ، وتابعه عليه كثيرون من كتاب الفقه شرط يسطر فى الكتب ، وليس له طريق عملى ، لأن مقاييس الرجال أدق المقاييس وموازينهم أكثر حساسية من ميزان الذهب ، ولقد قال ابن عابدين فى التعليق على كتاب صاحب الإسعاف : « وقال فى الإسعاف : المراد بالقاضى قاضى الجنة ، المفسر بذى العلم والعمل ، ولعمرى إن هذا أعز من الكبريت الأحمر ، وما أراده إلا لفظا يذكر ، فالأحرى فيه السد ، خوفا من مجاوزة الحد ، والله سائل كل إنسان » .

وقد نخالف ابن عابدين ، فنقول قد يكون أكثر من الكبريت الأحمر ، ولكن أى مقياس وضع لمعرفته ، وأى ميزان كان لتبينه ، ذلك أمره إلى الله العليم الحكيم ، الذى يعلم ما تخفى الصدور .

١٧٤ ــ ولقد كان يحدث فى أحيان كثيرة أن الرجل يبيع عين الوقف بثمن من النقود ، ولايعلم أنه اشترى عقارا يكون وقفا فى موضعه ويحل محله ، ويصرف غلته فى مصارفه ، ولذلك اشترط ابن نجيم فى البحر أن يكون الاستبدال نظير عقار لادراهم ولادنانير ، حتى لاتضيع فيضيع الوقف ويبطل أو ينفقها الناظر ، ولا رقيب ولا حسيب من قاض أو ضمير ، وهذا نص ما جاء فى البحر : « ويجب أن يزاد فى زماننا شرط ، وهو أن يستبدل بالعقار ، لا بالدراهم والدنانير ، فإنا قد شاهدنا النظار يأكلونها ، وقلّ أن يشترى بها بدل ، ولم نر أحدا من القضاة يفتش على ذلك مع كثرة الاستبدال فى زماننا ، ومع أنى نبهت بعض القضاة إلى ذلك ، وهمّ بالتفتيش ثم ترك » .

ومن كل هذا الذى سقناه تتبين كيف كان الاستبدال طريقا لإفناء الأوقاف ، وهو قد شرع لإبقائها وتكثير غلاتها ، وقد رأى الناس ذلك وعاينوه ، ولذلك صار بعض الواقفين يشترطون فيما يشترطون ألا يستبدل بالوقف ، ولو بلغ من الخراب مابلغ ، وأن منهم من كان يلعن من يتقدم

للاستبدال بالوقف ، سواء أكان ناظرا أم كان قاضيا ، ولقد دفع ذلك الفقهاء لأن ينظروا فى الأمر ، أمثل هذا الشرط واجب التنفيذ أم ليس واجب التنفيذ ، وقد قال الطرسوسى فى ذلك :« بقى لنا مسألة لايستغنى عن ذكرها وتحرير الكلام فيها ، وهى أن الواقف إذا شرط ألا يباع هذا الوقف ، ولايستبدل به ، كما هو المتعارف فى كتب الأوقاف ببلادنا (١) فهل يجوز أن يقال للقاضى أن يستبدل إذا رأى المصلحة فى الاستبدال مع مخالفة ما شرط الواقف من عدم أم لا » فكلمة (كما هو المتعارف فى كتب الأوقاف ببلادنا) تدل على أن كثرة الواقفين كانوا يخافون من أن يتخذ الاستبدال ذريعة لإبطال الأوقاف ، وأكلها فى عصرهم . ولكن مع الأسف قرر الفقهاء أن ذلك الشرط لايلتفت إليه إذا كان فى الاستبدال مصلحة راجحة للوقف فى نظر القاضى .

وإن الفقهاء لكثرة ما رأوا من ظلم للأوقاف بالاستبدال كانوا يرون الاحتياط بالتقليل منه ، بل إن بعض الفقهاء سد باب الاستبدال لأجل المصلحة فى الوقف ، ولذلك يقول الطرسوسى :« وفى الجملة الأولى للحاكم الحنفى سد هذا الباب بالجملة فإنه إذا فتح يدخل منه الدخيل ، ويثقل عليه من لايقدر على دفعه والله المستعان » .

ويظهر أن حكاما عادلين فى العصور الغابرة رأوا أن يسدوا باب الشر ، وأن يقطعوا على المفسدين الطريق إلى الفساد ، فمنعوا القضاة من الإذن بالاستبدال فى حال وجود عقار أكثر ريعا وأفضل غلة ، فقد جاء فى الدر المختار :« إنه فى سنة إحدى وخمسين وتسعمائة ورد الأمر الشريف بمنع استبدال العامر الذى قل ريعه ، ولم يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وأن يصير بإذن السلطان تبعا لترجيح صدر الشريعة » (٢).

١٧٥ ــ كان فتح باب الاستبدال على مصراعيه فى الأزمنة الخوالى سببا فى ضياع أوقاف كثيرة ، فإن الاستبدال ليس شرا محضا ، ولكن

---

(١) أنفع الوسائل ص ١١٥ .

(٢) صدر الشريعة يرجح أن الاستبدال بالشرط أو عند فقد الغلة فقدا تاما .

يختلط فيه الخير والشر ، ويرجح الخير على الآخر إذا صلح الحاكم ، وعدل القاضى ، ويفسد الأمر إذا فسد أحدهما ، وقد طفا الشر فى الماضى حتى فسد الأمر فى الاستبدال .

وإن هذه التجربة فى الماضى جعلتنا نتظنن فى أحوال الاستبدال فى زماننا ، كما تظنن السابقون فى أزمانهم ، ولو كنا نبنى أحكامنا على التجربة السابقة لرجحنا قول مالك والشافعى اللذين يغلقان باب الاستبدال ولايفتحان منه إلا زاوية صغيرة حادة الصغر .

ولكن ملابسات الزمان وأحوال الاقتصاد يتقاضى الفقيه أن يفتح باب الاستبدال ، ليكون التصرف فى الأعيان الموقوفة مرنا ، ولذلك قال القائلون الذين كانوا يطالبون بالإصلاح فى سنة ١٩٢٦م أنه يجب فتح باب الاستبدال والسرعة فيه ، وعللوا ذلك بأن كثرة توارد الأيدى على الأعيان ينوع الانتفاع بها ويكثر من غلاتها ، فإذا كان العقار يسهل انتقاله وتبادله وتكثر الأيدى التى تتناوله يمكن الانتفاع به على أكمل وجه ، فيأتى بأوفر الخيرات والثمرات وذلك يزيد فى موارد البلاد . وقد لوحظ على الأعيان الموقوف أن عدم انتقالها وركودها فى حال واحدة أضعفها ، ونقص من ثمراتها بالنسب لأمثالها من الأعيان الحرة ، فنقص ذلك من ثروة البلاد بمقدار ذلك ، ول تأت ينابيع الخير فى مصر بكل ما فيها . وقت أن كانت الأوقاف جامدة

وقد فتح باب الاستبدال على مصراعيه كما قرر أكثر فقهاء المذهب الحنفى ، وإنا لنذكر مع الألم الشديد أنا وجدنا وقائع استبدال كان فيها الغبن الشديد على الوقف ، مع التحريات الظاهرية التى تتخذها وزارة الأوقاف وغيرها ، وقد تذاكر الناس بهذه الوقائع ، وكثر القول فى أسبابها ، والأمور التى أحاطت بها وذلك مع الاحتياطات التى اتخذت وكانت أشد من الاحتياطات التى ذكرها الطرسوسى وغيره ، ولكن الأمر ما دام يتعلق بالضمير والذمم ، فإنه لاسلطان عليها إلاالله سبحانه وتعالى ، الذى لايخفى عليه شىء فى الأرض ولا فى السماء .

إن رقابة الحاكم مهما يكن عادلا مستقيم النفس والعقل لايمكن أن

تتجاوز المظاهر والأشكال ، أما النيات والبواعث فلا رقابة له عليها .

مايجرى عليه العمل فى الاستبدال :

١٧٦ — إن المحاكم فى إجراء عملية الاستبدال تسير على أساس مستمد بعضه من الأحكام الفقهية وبعضه من منشور وزارة العدل لتنظيم الاستبدال ، والقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١م .

وقد نص فى ذلك القانون على أن التصرف فى الأوقاف من إقامة ناظر وضم ناظر إلى آخره ، واستبدال وإذن بعمارة أو تأجير أو استدانة أو بخصومة وغير ذلك من خصائص هيئة المحكمة التى تكون فى دائرتها أعيان الوقف كلها أو بعضها الأكبر ، أو أمام المحكمة التى بدائرتها محل توطن الناظر .

وقد صرح بأن الاستبدال من خصائص المحاكم الابتدائية لاالمحاكم الجزئية ، ويكون تصرف المحكمة الابتدائية فى الأوقاف قابلا للاستئناف فى إقامة النظام وضم ناظر ، وإذن أحد النظار بالانفراد ، والإذن بمخالفة شرط الواقف مهما تكن قيمة الأعيان[١] .

كما أن من الأحكام القابلة للاستئناف الموافقة على الاستبدال أو عدم الإذن ، والإذن بالاستدانة والتأجير لمدة طويلة .

وهذا كله مما اشتملت عليه المادة الثامنة من القانون رقم ٧٨ وقد جعلت الحد الأدنى القابل للاستئناف هو مائتا جنيه وقد أحيل التقرير الابتدائى للأعيان المستبدل بها على لائحة الرسوم فى المواد ٣٣ ، ٣٤ ، ٣٥ .

وقد جعلت هذه المواد تقدير الأطيان الزراعية باعتبار الضريبة السنوية مضروبة فى ١٨٠[٢] . وإذا كان التقدير على هذا النحو أقل من الحقيقة بمقدار كبير تستعلم من جهة الإدارة ، وكذلك الأمر فى تقدير الدور والحوانيت والعمائر ، وإذا قدمت أوراق أو عقود دالة على القيمة الحقيقية اتبعت. إلا إذا ثبت أنها تقل عن الحقيقة .

---

(١) قد تغير كل ذلك بعد القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

(٢) قد تغير هذا التقدير بعد زيادة الضرائب

١٧٧ — وإن المحكمة تسير فى إجراءات الاستبدال بمجرد أن يصل طلب الاستبدال من الناظر أو مشتر قد عين الثمن وبين الناظر وجه المصلحة فى الاستبدال ، وأول إجراء أن ترسل إلى وزارة الأوقاف لتعرف ما عساه يكون لديها من اعتراض أو ملاحظات ، فإن أبدت ملاحظات جعلت لها الهيئة المختصة فى المحكمة حظا فى تقديرها واعتبارها ، وإن لم تجىء منها إجابة فى مدى خمسة عشر يوما لم تنتظرها ، بل تمضى فى طريق الاستبدال غير منتظرة لها ، ولا متوقفة فى تصرفاتها عليها ، وعلى هذا نصت المادة ٣٦٦ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١م . وهذا نصها : « لاتقبل المحكمة الشرعية شيئا من عقود الإبدال والاستبدال والاحتكار والخلع وبيع الأنقاص والاستدانة مما يتعلق بالأوقاف الأهلية أو الخيرية ، ولاتغير ناظرا عليها بغير شرط الواقف ولا تعزلهم إلا بعد مخابرة وزارة الأوقاف وورود إفادتها أو مضى خمسة عشر يوما من تاريخ المخابرة » .

ولقد كان بعض المحاكم يترقب طويلا منتظرا إجابة وزارة الأوقاف حتى كان من المواد ما يتأخر الفصل فيه مدة طويلة فنبهت وزارة العدل بمنشور إليها : « إن المحاكم فى حل من انتظار رأى الأوقاف بعد مضى خمسة عشر يوما من تاريخ مخابرتها على أية حال من الأحوال ، فالوزارة تلفت نظر المحاكم إلى أنها ليست مقيدة برأى وزارة الأوقاف بعد مضى الخمسة عشر يوما بحال من الأحوال ، وعلى المحاكم فى هذه الحال أن تتصرف فى المواد المنظورة أمامها بما ترى فيه المصلحة للوقف » .

١٧٨ — وإن المحاكم الشرعية كانت تسير على نظام حسن فى تحرياتها ، وهو كان يؤدى إلى نتائج حسنة إذا لم يكن انحراف فى الذين تتحرى منهم ، فكانت تستعين بالخبراء فى تقدير القيمة الحقيقية للأعيان المراد الاستبدال بها وتناقشهم ، وتتعرف مقدار ما فى أقوالهم من صدق وحق ، ولاتلزم بالأخذ بأقوالهم من غير مناقشة ، بل لاتلزم بعد المناقشة ، وكانت ترسل إلى المستحقين إذا كانوا معينين عند شراء البدل ليتقدموا بآرائهم إذا كانت لهم آراء ، لأنهم أول من يهمهم الأمر فى الوقف ، ولأنهم أصحاب الشأن الأول فيه .

وإذا ثبت لذى المحكمة جواز الاستبدال وقامت بالتحريات ، أعلن المزاد ، ولا يكتفى بهذه التحريات على أساس التقدير الذى بينه الخبراء ، أو ما يستقيم فى رأى المحكمة ، أو ما تشير به وزارة الأوقاف ، وترتضيه المحكمة أساسا للثمن ، ومن ينتهى إليه المزاد يكون هو المشترى .

وبذلك يتعين أن يكون الاستبدال فى مصلحة الوقف ، ويتولى الواقف ، أو ناظر الوقف عقد البيع ، إذا كان الاستبدال بشرط الواقف ، وإذا لم يكن الاستبدال بمقتضى شرط الواقف تولت المحكمة عقد البيع ، وكل ذلك إذا صارت عملية الاستبدال نهائية .

١٧٩ ـــ هذه احتياطات التزمتها مصر ليكون الاستبدال فيه خير للوقف ، وقد نجح القضاء فى ذلك إلى حد ، والبلاد العربية الأخرى لم يكن فيها هذا الاحتياط ، ولكن لم يكن فيها الطمع فى عقارات الأوقاف ، ولذا لم يكن الاستبدال ذا ضرر كبير من غير هذا الاحتياط ، وهو بتطبيق الأحكام الفقهية كان قليلا ، لم يكن كثيرا ، فإن كان ضرر على الأوقاف فقد كان متناسبا مع قلة الاستبدال والرقابة من الحكام العادلين كانت كافية فى الجملة .

والآن والأوقاف فى مصر وسوريا فى طريق الزوال ، فقد أصبح الاستبدال أيضا فى طريق الزوال ، لأن الأوقاف قد قلت بل عدمت ، خصوصا بعد أن سلب الواقفون وأولادهم حق رعاية أوقافهم ، وقد كان الوقف الأهلى ذريعة للوقف الخيرى ، وقد سدّ الوقف الأهلى فسدّ الوقف الخيرى أيضا ، وإنه لو نظمت الأوقاف الخيرية تنظيما حسنا مع بقائها من غير أن تسلم لأى جهة كانت لكانت مصدر تكافل اجتماعى سليم .

ولقد قرأنا أن عشرات الأوقاف الخيرية فى مصر ستوزع على صغار المزارعين أملاكا ، وبذلك تتحول الأوقاف الخيرية إلى أملاك خاصة ، وبعد أن كانت غلاتها لجهات البر ، وأولها الإنفاق فى التكافل الاجتماعى ومداواة المرضى من الفقراء ، وعلاجهم وتفريج كربهم ؛ صارت ملكا خاصا ، وإنا لهذا نرجو ولى الأمر أن يعيد النظر فى هذا القرار ، ويجعل هذه الأراضى باقية كما هى وقفا ، على أن تكون غلاتها للتكافل الاجتماعى ، فإن ذلك

مصرف كل وقف لاتعرف له مصارف ، وإن ذلك أجدى ، فانتفاع العموم أولى من الملكية الخاصة بالنسبة للوقف الذى هو مال الله تعالى ، فتصرف غلاته للفقراء ، وفى مصالحهم .

ولتتمم الفائدة ننقل لك القرار الجمهورى بالقانون رقم ١٩٥٢ لسنة ١٩٥٧م الذى كان أساسا لذلك وهذا نصه :

مادة ١ ـــ تستبدل خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات الأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر العامة . وذلك على دفعات وبالتدريج وبما يوازى الثلث سنويا وفقا لما يقرره مجلس الأوقاف الأعلى والهيئات التى تتولى شئون أوقاف غير المسلمين حسب الأحوال .

مادة ٢ ـــ تتسلم اللجنة العليا للإصلاح الزراعى سنويا الأراضى الزراعية التى يتقرر استبدالها ، وذلك لتوزيعها وفقا لأحكام المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢م المشار إليه .

مادة ٣ ـــ تؤدى اللجنة العليا للإصلاح الزراعى لمن له حق النظر على الأوقاف سندات تساوى قيمة الأراضى الزراعية والمنشآت الثابتة وغير الثابتة والأشجار المستبدلة مقدرة وفقا لقانون الإصلاح الزراعى .

وتؤدى اللجنة العليا للإصلاح الزراعى استهلاك السندات إلى المؤسسة الاقتصادية ، كما تؤدى فوائد السندات إلى من له حق النظر على الوقف .

ويجوز للجنة العليا للإصلاح الزراعى استهلاك السندات المذكورة قبل الأجل المنصوص عليه فى قانون الإصلاح الزاعى .

مادة ٤ ـــ تتولى المؤسسة الاقتصادية استغلال قيمة ما يستهلك من السندات فى المشروعات التى تؤدى إلى تنمية الاقتصاد القومى وفقا لأحكام القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٥٧م المشار إليه ، وتؤدى إلى من له حق النظر على الوقف ريعا يحدد سنويا بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأى مجلس إدارة المؤسسة الاقتصادية بحيث لايقل عن ٣,٥٪ .

مادة ٥ — يتولى من له حق النظر على الوقف صرف ما يتسلمه من فوائد السندات والريع وفقا لشروط الوقف ومع مراعاة أحكام القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

مادة ٦ — يجوز استثناء من أحكام هذا القانون بقرار من رئيس الجمهورية وذلك فيما لايجاوز ٢٠٠ فدان فى كل حالة على حدة للأراضى الزراعية التى يكون النظر عليها لغير وزارة الأوقاف ، وكذلك يجوز الاستثناء فيما يتعلق بطريقة استغلال المستهلك من قيمة هذه الأراضى (العمل به من تاريخ نشره) .

الوقائع المصرية فى ١٣ يوليه سنة ١٩٥٧م العدد ٥٣ مكرر .

هذا وقد أنشئت بوزارة الأوقاف لجنة شئون الأوقاف أخذت كثيرا من اختصاص المحاكم ، وما أخذته هو البدل والاستبدال ، وذلك فى ضمن ما اشتمل عليه القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩م ، وهذا نص القانون فيما يختص بهذه اللجنة :

١ — تشكل بوزارة الأوقاف لجنة تسمى لجنة شئون الأوقاف تؤلف من وزير الأوقاف رئيسا ، ووكيل وزارة الأوقاف ، ومفتى الإقليم الجنوبى ، ووكيل وزارة الخزانة ، ووكيل وزارة الأشغال ، ووكيل وزارة الشئون الاجتماعية والعمل ، ووكيل وزارة الإصلاح الزراعى ، ووكيل وزارة الزراعة ، ووكيل وزارة الشئون البلدية والقروية ، ووكيل وزارة الصناعة ، ومستشار إدارة الفتوى والتشريع المختصة بمجلس الدولة ، واثنين من رؤساء المحاكم الابتدائية ، أو من فى درجتهما يعينهما وزير العدل ، ومدير عام بلدية القاهرة .

وتعقد اللجنة بدعوة من الرئيس بعد توزيع جدول الأعمال على الأعضاء بثلاثة أيام على الأقل ، ولا يكون اجتماع اللجنة صحيحا إلا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها ، وعند غياب الرئيس ينوب عنه وكيل وزارة الأوقاف .

٢ ـــ تختص لجنة الأوقاف وحدها بالمسائل الآتية :

أولا ـــ طلبات البدل والاستبدال فى الوقف وتقديرها ، وفرز حصة الخيرات والاستدانة على الوقف ، وتأجير أعيانه لمدة تزيد على ثلاث سنين ، وتأجيرها بإيجار اسمى ، والبتّ فى هذه الطلبات جميعها بغير الرجوع إلى المحكمة .

ثانيا ـــ إنهاء الأحكار .

ثالثاـ تغيير مصارف الأوقاف الخيرية وشروط إدارتها .

رابعاـ الموافقة على عزل ناظر الوقف .

خامساـ المسائل الأخرى التى يرى الوزير عرضها عليها لأخذ رأيها فيها وللجنة أن تستعين عند الاقتضاء بمن تشاء من أهل الخبرة .

٣ ـــ تستمر المحاكم فى نظر الدعاوى المعروضة عليها ، والتى أصبحت من اختصاص لجنة شئون الأوقاف بمقتضى هذا القانون ما لم يطلب أحد ذوى الشأن إحالتها إلى اللجنة المذكورة ، وعلى المحكمة فى هذه الحالة أن تحيل الدعوى بحالتها ، وبدون رسوم إلى هذه اللجنة ، لتسير فيها وفقا لأحكام هذا القانون .

هذه نصوص القانون الذى سلب المحاكم اختصاصها فيما يتعلق باستبدال الأوقاف وعزل النظار وإنهاء الأحكار ، والله سبحانه وتعالى بكل شيء عليم .

الاستحقاق فى الوقف

١٨٠ — قد تكلم الفقهاء فى المستحقين ، ومراتبهم وجهاتهم ، وذلك لأن الاستحقاق فى الأوقاف مختلف متنوع باختلاف مقاصد الواقفين وما تشتمل عليه كتب أوقافهم ، وما يريدونه من مصارف ، وما يشترطون من شروط .

وإن من المتفق عليه بين الفقهاء أجمعين إن استثنينا فقيه العراق الأول الإمام أبا حنيفة رضى الله عنه — لزوم الوقف على جهات البر ، والميزان الفاصل بين جهة البر وغيرها ، أن جهة البر هى التى يكون الوقف عليها من جنس القربات التى قررها الإسلام ، كالوقف على المساجد ، والوقف على المصحات ، ودور العلاج وعلى التعليم وغير ذلك ، وقد بينا بتفصيل القربة المطلوبة من وقف غير المسلم .

وأما الوقف على غير القربات فهو موضع الخلاف ، وموضع التفصيل ، ولنتكلم فى أمرين وضح فيهما الخلاف ، وهما : الوقف على النفس ، والوقف على الأولاد والذرية .

الوقف على النفس

١٨١ — أجاز أبو يوسف للواقف أن يشترط أن تكون الغلة كلها أو جزء منها لنفسه ما دام حيا ، واعتبر السرخسى فى مبسوطه ذلك توسعة فى الوقف فذكره فى ضمن ما توسع فيه أبو يوسف فى الوقف ، إذ قال : « ومن ضمن ما توسّع فيه أبو يوسف أنه لو جعل مصدر الغلة لنفسه ما دام حيا فذلك جائز عند أبى يوسف أيضا اعتبارا للابتداء بالانتهاء ، لأنه يجوز على جهة يتوهم انقطاعها ، وإذا انقطعت عادت الغلة إليه فى الانتهاء ، فكما يجوز فى الانتهاء فكذلك فى الابتداء يجوز أن يقدم نفسه على غيره فى الغلة » (١) .

والظاهرية قالوا مقالة أبى يوسف وتوسعوا توسعته ، فجوزوا اشتراط الغلة كلها أو جزء منها لنفسه ، ولذا قال ابن حزم فى المحلى : « جائز للمرء أن يحبس على من أحب أو على نفسه ، ثم وعلى من يشاء » ثم يقول : « وأما قولنا جائز على من يسبّل على نفسه وعلى من يشاء فلقول النبى ﷺ : ابدأ بنفسك فتصدق عليها ، وقال لعمر : تصدق بالثمرة ، فصح بهذا جواز صدقته على نفسه ، وعلى من يشاء ، وهو قول أبى يوسف »

ومحمد لايجيز للواقف اشتراط الغلة لنفسه ، بل يعتبر ذلك الشرط مناقضا لأصل الوقف ، إذا اقترن بصيغته أبطل عملها ، وأذهب أثرها فلا ينعقد الوقف مع اشتراطه ، ولذا جاء فى المبسوط « وعند محمد إذا جعله وقفا على نفسه ، أو جعل شيئا من الغلة لنفسه ما دام حيا ، فالوقف باطل ،

---

(١) يفيد هذا الكلام أن صاحب المبسوط ينى جواز اشتراطه الغلة لنفسه على أن أبا يوسف يجيز الوقف مؤقتا ، فأذكر أن أبا يوسف جوز عودة الغلة مع العين إلى الواقف انتهاء عند التأقيت وعند اشتراط الغلات لمن يتوهم انقطاعه ، وبذلك يجوز أن يقف على نفسه ابتداء فاعتبر الابتداء بالانتهاء . ونلاحظ أن الرواية الراجحة المروية عن أبى يوسف هى أن الوقف لايجوز إلا مؤبدا ، وهذا هو المعول عليه مع جواز الوقف على النفس .

وهو مذهب أهل البصرة رحمهم الله ، لأن التقرب بإزالة الملك ، واشتراط الغلة أو بعضها لنفسه يمنع زوال ملكه ، فلا يكون ذلك صحيحا » .

ومذهب مالك رحمه الله عدم جواز اشتراط الغلة لنفسه ، ولكن اشتراط ذلك لايبطل الوقف إن كان معه غيره ، بل وتصرف الغلة لغيره ما دامت شروط الوقف كلها مستوفاة فى جانبيه ، وعلى ذلك يصح الوقف عند مالك ، ويبطل الشرط . ولذا جاء فى حاشية الصاوى على الشرح الصغير :« إن الوقف على النفس باطل ، وغيره صحيح ، تقدم الوقف على النفس ، أو تأخر أو توسط كأن قال وقفت على نفسى ثم عقبى ، أو وقفت على زيد ، ثم على نفسى ، أو وقفت على زيد ثم على نفسى ثم على عمرو ، فالأول يقال له منقطع الأول ، والثانى منقطع الآخر ، والثالث ، منقطع الوسط .... والحاصل أن الظاهر من مذهبنا أنه يبطل فيما لايجوز الوقف عليه ، ويصح فيما يصح الوقف عليه ، ولايضر الانقطاع »(١) أ هـ . ومن هذا نرى أن الوقف على النفس إذا صحبه فى الصيغة وقف على غيره صح الوقف فى جانبه وبطل الوقف على النفس ، وبالتالى ينعقد الوقف ، ويبطل ذلك الشرط .

وإذا وقف وقفا مؤقتا على نفسه فقط بطل الوقف فى مذهب مالك ، لأن الصيغة أصبحت لاأثر لها ، فتبطل ، وتقع لاغية ، ولذا جاء فى التاج والإكليل لمختصر خليل :« الحبس على نفس المحبس وحده باطل اتفاقا »(٢) .

وجمهور الشافعية على أن الوقف على النفس لايجوز ، ولايصح الوقف مع هذا الشرط ، ولذا جاء فى المذهب :« ولا يجوز أن يقف على نفسه ، ولا أن يشترط لنفسه منه شيئا ، وقال أبو عبيد الله الزبيدى : يجوز ، لأن عثمان رضى الله عنه وقف بئر رومة ، وقال :« دلوى فيها كدلاء المسلمين » وهذا خطأ ، لأن الوقف يقتضى حبس العين وتمليك المنفعة ،

---

(١) حاشية الصاوى الجزء الثانى ص ٢٦٧ .

(٢) التاج والاكليل ، مختصر خليل جـ ٦ ص ٢٥ .

والعين محبوسة عليه ، ومنفعتها مملوكة له ، فلم يكن للوقف معنى ، ويخالف وقف عثمان رضى الله عنه ، لأن ذلك وقف عام ، ويجوز أن يدخل فى العام مالا يدخل فى الخاص » [١] .

١٨٢ ـــ وأما مذهب الإمام أحمد بن حنبل ففيه قولان مصححان فى هذا أحدهما أن الوقف صحيح والشرط باطل ، فإذا شرط الواقف أن تكون الغلات لنفسه ، ومن بعده لأولاده ، صرفت الغلات لأولاده ، وثانيهما أن الشرط صحيح هو والوقف ، وقد رجح الأكثرون من الحنابلة القول الأول ، ولذا جاء فى منتهى الإرادات :« ولايصح الوقف عند الأكثر على نفسه ، نقل حنبل وأبو طالب عن أحمد : ما سمعت بهذا ولا أعرف إلا ما أخرجه الله ، ولأن الوقف تمليك إما الرقبة أو المنفعة ، ولايجوز أن يملك نفسه ، كما لايجوز أن يبيع ماله من نفسه ، وينصرف الوقف إلى من بعده فى الحال ، فمن وقف على نفسه ثم أولاده الفقراء صرف فى الحال إلى أولاده الفقراء ، لأن وجود من لايصح عليه كعدمه فكأنه وقف على من بعده ابتداء ، فإن لم يذكر غير نفسه فملكه بحاله ، ويورث عنه »[٢] . وجاء فى كشف القناع مثل ذلك ثم قال .« وعنه (الإمام أحمد) يصح الوقف على النفس ، اختاره جماعة ، قال فى الإنصاف : عليه العمل فى زماننا وقبله ، عند حكامنا من أزمنة متطاولة ، وهو الصواب ، وفيه مصلحة عظيمة ، وترغيب فى فعل الخير ، وهو من محاسن المذهب ، قال فى الفروع : ومتى حكم به حاكم حيث يجوز له الحكم فظاهر كلامهم ينفذ حكمه ظاهرا ، قال فى شرح المنتهى : ويؤخذ منه جواز القضاء بالمرجوح »[٣] .

وترى من هذا أن الراجح فى مذهب ابن حنبل أن الوقف على النفس لايصح ولايبطل معه الوقف ، وإن كان من متأخرى الحنابلة من استحسن

---

(١) المهذب جـ ١ ، ص ٤٤٧

(٢) منتهى الاسرادات جـ ٢ ، ص ٤٧٦ ، ٤٨٦ .

(٣) الإقناع جـ ٢ ، ص ٤٤٤ .

القول المرجوح . لما فيه من التوسعة على الناس ، وسوغ للقضاء ، أن يقضى به مع مقابلة أرجح منه وأقوى أو هو الراجح .

ولكن المغنى يذكر أن المنقول عن أحمد هو صحة الوقف والشرط إذا شرط أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط ، نص عليه أحمد فقد جاء فيه :« قال الأثرم قيل لأبى عبد الله : يشترط فى الوقف أن أنفق على نفسى وأهلى منه ؟ قال : نعم ، واحتج ، قال : سمعت ابن عيينة عن ابن طاووس عن أبيه عن حجر المدرى أن من صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل منها أهله بالمعروف وبذلك قال ابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وأبو يوسف ، والزبيرى وابن سريج ، وقال مالك والشافعى ومحمد بن الحسن : لايصح الوقف ، لأنه إزالة الملك فلم يجز اشتراط نفسه لنفسه .. إلخ » ، وهذا الكلام يدل على أن الوقف بشرط الإنفاق على النفس يصح عن أحمد ، وظاهر هذا الكلام مناقضة تامة لما نقلناه عن الإقناع وشرح منتهى الإرادات ، لأن ما نقل فى هذين الكتابين يبين أن الأكثرين يرجحون أن الشرط يلغو ، والوقف يصح وما جاء فى المغنى يرجح ، بل يقصر الرواية عن أحمد على صحة الوقف والشرط معا .

ولكن لو ألقينا نظرة فاحصة لكشفت لنا عن فكرة دقيقة فى مذهب أحمد ، وهى أن الوقف على النفس الذى يقول فيه مثلا« وقفت أرضى على أن تكون غلاتها فى حياتى ... » ليس هو الوقف بشرط الإنفاق منه الذى يقول فيه مثلا ، وقفت أرضى على شرط أن آكل منها أو أنفق من غلاتها ما يكفينى بالمعروف ، فإن الأول يبيح للواقف أن يأخذ الغلات بالغا ما بلغت ، ولو كانت عشرات الألوف من الدراهم أو الدنانير ، والثانى لايبيح له أن يأخذ منها إلا ما يكفيه وأهله بالمعروف ، وعلى مقدار حاجته ، ويظهر من نصوص صريحة فى بعض كتب الحنابلة أنهم يفرقون فى الحكم بين هاتين الحالين ، فالراجح فى الحالة الأولى بطلان الشرط وصحة الوقف ، والراجح فى الحالة الثانية ، صحة الوقف والشرط معا . وقد تصدى الشرح الكبير لإماطة اللثام وكشف المعمى فى هذه المسألة فذكر حكم كل واحدة

من هاتين الحالين فى وضوح وجلاء ، فقال فى بيان حكم الحال الأولى : اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن وقف على نفسه ، ثم على المساكين أو على ولده ، فقال فى رواية أبى طالب ، وقد سئل عن هذا ، فقال : لاأعرف الوقف ، إلا ما أخرجه الله تعالى ، أو فى سبيله ، فإذا وقفه عليه حتى يموت فلا أعرفه ، فعلى هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلا ، وهل يبطل على من بعده ؟ على وجهين بناء على الوقف المنقطع الابتداء ، وهذا مذهب الشافعى لأن الوقف تمليك للرقبة أو للمنفعة ، ولا يجوز أن يملك الإنسان نفسه من نفسه كما لايجوز أن يبيع ماله من نفسه ، ولأن الوقف على نفسه إنما حاصله منع نفسه من التصرف فى رقبة الملك فلم يصح ذلك بأن يقول لاأبيع هذا ولا أهبه ، ولاأورثه ، ونقل جماعة أن الوقف صحيح ، اختاره ابن أبى موسى ، قال ابن عقيل : هو أصح .. والأول أقيس .

وقال فى المسألة الثانية :« وإذا وقف ، واشترط الإنفاق منه على نفسه صح الوقف والشرط ، نص عليه أحمد ، قال الأثرم قيل لأبى عبد الله : أشترط أن أنفق على نفسى وأهلى ؟ قال : نعم ، واحتج إلخ » ، وبقية كلامه فى هذا ككلام المغنى ، ومن هذا نستبين بجلاء أن الحكم مختلف فى الحالين ، لاختلاف جوهر الشرطين ، والمرمى منهما ، فإن الأول يرمى إلى اختيار الغلات كلها أو بعضها مدة حياته ، ولو من غير حاجة ، والثانى يرمى إلى أخذ ما يكفيه وأهله بالمعروف عند الحاجة ، والأول الراجح فيه المنع وإجازة الوقف ، والثانى الحكم فيه الصحة فى الوقف والشرط معا .

١٨٣ ــ من هذا كله نرى أن الفقهاء اختلفوا اختلافا بينا فى صحة اشتراط كل الغلة أو بعضها للواقف ما دام حيا ، فأبو يوسف ، وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة وعدد قليل من الشافعية والحنابلة والظاهرية يصحح الشرط والوقف ، ومحمد والمالكية وجمهور الشافعية ، والأكثرون من الحنابلة والشيعة الإمامية على أنه لايصح اشتراط الغلة كلها أو بعضها لنفسه ، وإن اختلفوا فى تشددهم فى المنع ، فمحمد والشيعة وجمهور الشافعية يحكمون ببطلان

الوقف لبطلان الشرط ، والباقون يحكمون ببطلان الشرط ، ويصححون الوقف على ما بينّا .

ونريد بعد ذلك أن ننظر فى أدلة الفريقين ، ونتعرف وجهة نظر المانعين والمجيزين ، وما عساه يكون برهانا لكل فريق ، وقد استدل للمانعين بأدلة من الآثار منها :

(ا) أن عمر جعل لمن ولى صدقاته التى وقفها أن يأكل منها بالمعروف ، ولم يكن ثمة مانع من أن يليها هو ، فكان له بمقتضى هذا الشرط أن يأكل منها إذا وليها ، إذ هو لم يستثن نفسه من بين من لهم ولايتها بعدم الأكل ، فدل هذا على أن الوقف لايمنع صاحبه من أن يأكل من غلاته بالشرط ، ولا يمنعه من أن يشترط الغلات لنفسه ، إن رأى ذلك ، فإذا اشترط كان شرطه نافذا ووقفا لازما .

(ب) أن عثمان رضى الله عنه عندما حبس بئر رومة ،لسقاية المسلمين بالمدينة جعل دلوه فيها كدلاء المسلمين ، فكان له بهذا حق الانتفاع من وقفه ولم يمنع إذن من أن يعود إلى الواقف جزء من منفعة ما وقفه ، وإذا كان الوقف على ما فهم هذا الصحابى الجليل وأقره على فهمه النبى ﷺ لم يمنع انتفاع الواقف ، فلا يسوغ لنا إذن أن نبطل وقفا شرط الواقف فيه لنفسه المنفعة كلها أو جزءا منها لنفسه ما دام حيا ، لأن حقيقة الوقف لاتنافى انتفاع الواقف بالموقوف ، كما دل على ذلك حديث عثمان هذا .

(جـ) أن الإنفاق على النفس صدقة ، ولقد قال ﷺ :« ابدأ بنفسك . فتصدق عليها » . وإذا كان الإنفاق على النفس صدقة فلا مانع إذن من أن يقف الشخص عقارا ويجعل بعض غلاته أو كلها لنفسه ، لأن الوقف فى أصل شرعه للصدقات ، وأول أبواب الصدقات أن ينفق الإنسان على نفسه ، وعلى من يعول ، فإذا اشترط أن يكون كل غلاته أو أشطر منها لنفسه ما دام حيا كان شرطه مسايرا للوقف فى حقيقة معناه وملائما له فى لبه

(د) ما رواه أحمد بن حنبل بسند متصل إلى النبى ﷺ وسلم من

أنه عليه السلام شرط فى صدقته أن يأكل أهله منها بالمعروف ، وأهل الإنسان من يعولهم ، وتجب عليه نفقتهم ، وإذا كان قد شرط عليه السلام فى صدقاته أن يأكل منها أهله بالمعروف ، فإنما ذلك الشرط لنفسه ، لأنه هو الذى يعولهم ، وأكلهم أكله ، وانتفاعهم من انتفاعه ، وإذا كان النبى ﷺ قد أجاز ذلك الشرط لنفسه ، فإجازته له حجة علينا ، وشرع لنا لأن لنا فيه عليه السلام أسوة صالحة ، وأعماله سنة متبعة ، ومن سلكها أمن العثار .

وقد وردت الآثار من بعض الصحابة بأنهم كانوا ينتفعون بأوقافهم فقد جاء فى صحيح البخارى أن أنسا رضى الله عنه وقف دارا بالمدينة ، فكان إذا قدم إلى الحج نزلها ، وهذا يدل على أن انتفاع الواقف بالوقف لاينافى مقتضاه ، ولا يباين حقيقته .

١٨٤ — هذه جملة ما عثرنا عليه فى بطون الكتب من أدلة المقرين لهذا الشرط المسوغين له ، الذين لايرون فيه مناقضة لمعانى الوقف ، ولا مغايرة لمفهومه وحقيقته ، أما أدلة الذين لم يسيغوه ، وفهموا أنه مباين لحقيقة الوقف ، لايوائمه ولا يلاقيه فى معناه فهى :

(أ) قوله عليه السلام لعمر عندما استأمره « سبّل الثمرة » و« تسبيل الثمرة » أن يتبرع بها ، ويتصدق على من هو من أهل الصدقات ويستحقها ، والتصدق إعطاء يقتضى معطى ، فلا يعتبر الإنفاق على النفس مصدقا إلا على سبيل المجاز والتسامح ، ولانصير إلى المجاز إلا إذا تعذر احتمال الكلام للحقيقة وكلام الرسول ﷺ « سبّل الثمرة » على حقيقته ، فينصرف إلى الإنفاق على جهات البر المختلفة ، ولا يحق له الانتفاع بغلاته إلا فى ضمن عامة الناس لاعلى وجه خاص ، كمن يبنى مسجدا للصلاة ، فله أن يصلى كما يصلى كل مسلم ، وكمن يبنى خانا للضيافة ، فله أن ينزل فيه ، كما ينزل كل عابر سبيل ، أما تخصيص نفسه بجزء من الغلات بالشرط فمناف كل المنافاة لتسبيل الثمرة الذى أمر به النبى ﷺ عمر رضى الله عنه .

(ب) أن الوقف صدقة فله حكم الصدقات إذا وجد ، ومن المقرر نه لايصح للإنسان أن يتصدق بعين ، ويشترط جزءا من منافعها له ، فكذلك

لايصح أن يقف ، ويجعل بعض منافع الموقوف له ، ومثل من يقف ويجعل الغلات له أمدا قصيرا أو طويلا ، كمثل من يتصدق ببقرة ، ويشترط أن يكون درها له ما دام حيا . وإذا كان الشرط باطلا فى الصدقات المنفذة ، فهو باطل أيضا فى الصدقات المحبسة ، وإن قلنا أن الوقف كالعتق ،على حد من يقول أن ملكية الواقف تزول عنه (١). فنتيجة القياس تمنع صحة الشرط ، لأنه لايجوز لسيد أن يعتق عبده على شرط أن يخدمه أو ينتفع منه بعد العتق ، وإذا كان ذلك لايجوز فالوقف الذى يشبه العتق لايجوز فيه أيضا ، فلا يجوز أن يقف الواقف ويشترط لنفسه حق الانتفاع بالعتق ما دام حيا ، فكلاهما فى الحقيقة سواء ، وهما أيضا فى المنع والبطلان سواء .

(ج) أن الوقف بإجماع الفقهاء الذين حكموا بلزومه تبرع بالثمرة مع حبس العين ، وكيف يجتمع التبرع بالثمره مع إنفاقها على نفسه ، واشتراطها بالشرط له !! كأنه أعطى ليمنع ، وتبرع ليسترد ما تبرع به : لذلك كان اشتراط الغلات أو جزء منها لنفسه منافيا لحقيقة الوقف ومقتضاه ، لأنه لايجوز أن يعتبر الإنسان مملكا لنفسه ، ولا متبرعا لها . ولا معطيا إياها ، ومثل الواقف الذى يشترط الغلات لنفسه كمثل المالك الذى يبيع ماله لنفسه ، ويجعل من نفسه مشتريا وبائعا ، لأن شرطه الغلة لنفسه فى وقفه يجعله متبرعا لنفسه ، ومتصدقا على نفسه وذلك أمر بدهى البطلان ، فكيف يسيغ شرع(٢) !!

ويرد هؤلاء أدلة المجيز ، فيردون الأول بأن عمر قد جعل لمن يلى

---

(١) كل الفقهاء الذين أجازوا للواقف اشتراط الغلة لنفسه قالوا أن الملكية تزول عن الواقف .

(١) يرد الفقهاء الذين أجازوا ذلك الشرط هذا الدليل بأن الوقف يقتضى إزالة الملك إلى الله تعالى على أن تكون المنافع فى الوجوه التى شرطت مادامت لا تنافى الشرع ، فإذا أخذ الغلات لنفسه فإنما يستوفيها من عين قد صارت ملكيتها لغيره ، فهو لا يأخذها من تبرعه ، بل يأخذها من حيث صارت ملكا لله ، ومن حيث اعتبارشرطه الذى لاينافى القربة ، ونحن نرى أن ذلك لايرد الدليل ، لأن الواقف هو الذى أعطى نفسه عند الإنشاء ، وكون الأخذ من حيث الاشتراط لايمنع أنه المانع نفسه ، وهذا ينافى التبرع .

صدقاته أن يأكل منها ، ولكنه لم يلها ، ولم يأكل منها ، فكيف يكون تصرفه حجة لمن يجيز اشتراط الغلات لنفسه . ولا دليل على أنه فى نيته أن يتولى وأن يأكل ، بل لادليل يدل على أنه كان يجيز لنفسه أن يتولى صدقاته بنفسه ، ولعله كان ممن لايجيز للواقف أن يتولى الولاية على وقفه ، وعلى أى اعتبار لانجد فى الأثر ما يدل على جواز اشتراط الواقف الغلة لنفسه ، ومن جهة أخرى نقول أن اشتراط الأكل بالمعروف وبقدر من الوقف ، ومن غير تمول ليس كاشتراط الغلات لنفسه طول حياته ، ولو لم تكن ثمة حاجة إليها ، وقد علمت الفرق بينهما فيما أسلفنا عند تقرير مذهب الإمام أحمد بن حنبل فى هذا المقام ، فارجع اليه .

ويردون الثانى بأن جعل عثمان لنفسه دلوا مثل دلاء المسلمين عند حبسه بئر رومة ليس من المسألة التى يجرى فيها الخلاف ، ولا يشبهها فى شيء لأن دخول الواقف فى عموم الموقوف عليهم إذا كان الوقف على مصلحة عامة ، أو على أمر ينتفع منه كل الجماعة التى يعيش فيها الواقف ، ليس من الأمور التى يجرى فيها النزاع فى حال تخصيص نفسه بالغلات كلها أو بعضها أمدا قصيرا أو طويلا ، ولا مشابهة بين هذه ودخول الواقف فى عموم من وقف عليهم فى بر عام أو أمر يدخل فيه الواقف بالوصف لابالشخص ، كمن يقف على مستشفى لمرضى السكر ، فيمرض هو به ، فيدخل المستشفى كما يدخل كل مريض .

ويردون الثالث بأن إنفاق الإنسان على نفسه لايسمى تصدقا بالمعنى المعروف على وجه الحقيقة ، ولا يسمى بحال من الأحوال تبرعا ، فقول النبى ﷺ « ابدأ بنفسك فتصدق عليها » لايسيغ للواقف أن يقف ويجعل الغلات لنفسه ما دام حيا ، لمنافاة ذلك لأصل التبرع ولأن التصدق هنا فى معناه المجازى .

ويردون الرابع بأن اشتراط النبى ﷺ أكل أهله بالمعروف من صدقاته ، ليس كاشتراط الغلات لنفسه فى شيء ، لأن أكل الواقف أو أهله بالمعروف عند الحاجة ليس كاشتراط الغلات لنفسه من غير حاجة ، وبالغة الغلات ما

بلغت ، إذ الأول ليس فيه تخصيص النفس بالغلات ، والثانى فيه تخصيص واضح للنفس ، وفيه منافاة ، لمعنى الوقف ومقتضاه .

١٨٥ — هذه أدلة الفريقين من الفقهاء فى هذه المسألة ، ولئن كان لنا أن نختار من بينها رأيا فى العمل به مصلحة ، ونراه يلتئم تمام الالتئام مع مرمى الشارع فى الوقف ومعناه — لانختار سوى مذهب مالك رضى الله عنه ، فإنه لايجيز للواقف أن يشترط الغلات لنفسه ، ولا أن يأكل منها بالشرط ، إلا إذا استثنى لنفسه شيئا يسيرا بحيث لايتهم بأنه قصد حرمان ورثته ، وإلا إذا احتاج ، وقد جاء فى عمدة القارى « قال ابن القصار : من حبس دارا أو سلاحا ، أو عبدا فى سبيل الله ، فأنفذ ذلك فى وجوهه زمانا ثم أراد أن ينتفع به مع الناس ، فإن كان من حاجة فلا بأس ، وذكر ابن حبيب عن مالك قال : من حبس أصلا يجرى غلته على المساكين ، فان ولده يعطون إذا افتقروا ، إن كانوا يوم مات أو حبس فقراء أو أغنياء غير أنهم لايعطون جميع الغلة مخافة أن يندرس الحبس ، ويكتب على الولد كتاب أنهم إنما يعطون منه ما أعطوا على المسكنة ، وليس لهم فيه حق دون المساكين » .

فنحن نرى أن الواقف ليس له أن يشترط من وقفه شيئا إلا مقدار نفقته عند حاجته أو حاجة من يعولهم ، ولا يعطون إلا ما يكفيهم بالمعروف ، ونرى أن هذا الرأى فوق أنه موافق للآثار كلها ملائم لمقتضى الوقف ومرماه ، وفيه المصلحة الظاهرة لو أخذ به فى عصرنا الحاضر لأنه يقل من الأوقاف ، وقد طغى سيلها ، وطمّ وفاض ، حتى خشى أن تصبح أرض مصر وقفا فى الأزمان القابلة ، ولا شك أننا إن منعنا الواقفين من اشتراط الغلات لأنفسهم ، وإن شرطوها كان ذلك إبطالا للوقف نجد أن عددا عظيما من الراغبين فى الوقف يحجمون أو يشترون من أموالهم جزءا يقفونه والباقى يبقونه ، وفى الحالين يقل الواقف وينقص بمقدار عما كان متوقعا وقفه .

ويقل على الأخص الوقف الذى يقصد منه حرمان لبعض الورثة ، أو تطفيف نصيبهم ، لأن الرجل الذى يحابى بعض ورثته ويحرم أو ينقص الآخرين — أمامه إحدى طرائق ثلاث : الهبة فى حياته ، وهى طريق غير معبد ، لأن خشية الرجل

الإملاق فى المقابل تجعله يحجم عنها ، والثانية الوصية ، وأمامه فيها عدم اعتبار الشارع للوصية للوارث إلا بإجازة الورثة ، حتى لاتكون فى الوصية مظنة المحاباة ، وبعد إباحتها لاتكون إلا فى الثلث ، والثالثة الوقف ، وهو الطريق فى ظاهره . فإذا أخذنا بقول ذلك الجم الغفير من الفقهاء الذين لا يعتبرون شرط الواقف الغلة لنفسه من الشروط الواجبة النفاذ ، فقد سددنا الطرق على من تكون غايته تخصيص بعض ورثته بمقدار أكبر ونصيب أوفى ، وصعبنا عليه الوصول إلى غرضه ، ونكون قد دفعنا بهذا بعض الواقفين إلى طريق الاعتدال ، أو ترك الأمر لقسمة الله العادلة ، وحكم الله وهو العليم الخبير .

هذا هو الرأى الفقهى ، ولكن بعد إلغاء الوقف الأهلى أحجم الناس عن الوقف ، وصار من المصلحة الترغيب ، ونرى أن الترغيب فى الوقف الخيرى يكون بإباحة الوقف على النفس ، وفى وزارة الأوقاف مشروع بإجازة الوقف على النفس لفتح باب الوقف الخيرى ، وهكذا صار ما كان شرا بعد تحول الحال خيرا .

الوقف على القربة والأولاد

١٨٦ ـــ إذا كان للشخص أقارب فقراء ذووحاجة ، وهو فى ميسرة وبسطة من الرزق فأراد أن يقف على أولئك مايسد حاجتهم ، ويدفع عوزهم ، فوقف واشترط أن تكون الغلات لهم ، ومن بعدهم على الفقراء ولم يكونوا هم من ورثته فوقفه صحيح ليس فى صحته ريب ولامجال للنزاع فيه ، لأن صرف الغلات للأقارب الفقراء الذين ليسوا من ورثة الواقف صدقة مثوبة ، وعمل مشكور ، مادام المقصود منه دفع الحاجة وإطعامهم من جوع ، بل إن أكثر الفقهاء على أن الأقارب الفقراء والمساكين أولى ، فقد جاء فى أحكام الأوقاف للخصاف « قلت : فإن جعلها صدقة موقوفة على المساكين فاحتاج ولده أو قرابته ، هل يعطون من غلته؟ قال : نعم .. من قبل أن هؤلاء الذين افتقروا مساكين ، ألاترى أنه جاء فى الحديث : « **لاتقبل صدقة من ذى رحم محتاجة** ، **فولد الواقف وقرابته أحق أن يعطوا من غيرهم** » .

وفى مذهب الإمام أحمد وغيره أن الوقف إذا كان على جهة تنقطع فانقطعت عاد إلى أقارب الواقف للفقراء ومن بعدهم المساكين ، جاء فى المغنى « ينصرف عند انقراض الموقف عليهم إلى أقارب الواقف ، وبه قال الشافعى ، وعن أحمد رواية أخرى أنه ينصرف إلى المساكين » ثم يقول : « والدليل على صرفه إلى أقارب الواقف أنهم أولى الناس بصدقته بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم **صدقتك على غير رحمك صدقة ، وصدقتك على رحمك صدقة وصلة** » ، وقال : «ولأن فيه إغناءهم وصلة أرحامهم ، لأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمصروفات ، كذلك صدقته الموقوفة »

وإذا كان الأقارب الفقراء أولى بالوقف عند عدم النص عليهم ، فبالأولى يكونون أحق عند النص عليهم ، فلا خلاف ، ولامثار للخلاف إذا جعل غلات وقفه على

أقاربه الفقراء الذين ليس لهم فى ميراثه حق مقسوم ، وقدر معلوم .

وإذا وقف على الأقارب الأغنياء ولم يكونوا من ورثته فالنظر فى وقفه كالنظر فى وقفهأشترطت غلاته لأغنياء ، إذ يكون الوقف صحيحا ، ومن بعدهم للفقراء أو لحهة البر التى عينها ، مادام لم يكن فى الوقف مظنة الحبس عن الميراث ، والمنع منه ، وإلا فحكمه كحكم الوقف على الورثة .

وموضع النظر ومجال الفكر هو الوقف على ورثته سواء كانوا أغنياء أم فقراء ، أيصح الوقف عليهم كغيرهم ممن ليسوا له بورثة ، أم لايصح لما فى ذلك من مظنة الحبس عن فرائض الله ، ومحاربة توزيع الميراث الذى فرضه الله سبحانه وتعالى ، وبالتالى هل فى الوقف على الورثة أو حرمانهم من استحقاقهم من التركة محاربة لنظام الإرث؟

الكثرة الكبرى من الفقهاء على أن الوقف على الورثة جائز ، وليس فى الوقف محاربة للميراث ، سواء أكان متفقا فى توزيعه مع نظام الإرث أم مختلفا . بل سواء أكان فيه حرمان لبعضهم أم إعطاء لهم جميعا ، لأن الوقف كالهبة وكالصدقات العاجلة تصرف فى العين حال الحياة ، وماله ملك له ، ولم يتعلق به حق الورثة بأى نوع من أنواع التعلق ، فيصح عاجلا ، ولو كان فيه بالفعل حرمان للورثة ، وإذا كان الوقف فى مرض الموت ، وتعلق بالتركة حق للورثة كان له حكم خاص به .

وقد استدلت الجمهرة العظمى من الفقهاء على جواز الوقف على الورثة أو بعضهم ، وعلى القرابة مع جواز حرمان الورثة بما يأتى :

(١) أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه جعل وقفه « فى الفقراء وذوى القربى وفى الرقاب وفى سبيل الله والضيف وابن السبيل »

وذوو القربى المراد بهم قرابته ، سواء أكانوا فقراء أم أغنياء ، وسواء أكانوا وارثين أم غير وارثين ، فاللفظ على عمومه ، وهو يشمل كل هؤلاء ، فيدخل فيه الجميع من غير تخصيص بعضهم بالحرمان ، وبعضهم بالعطاء ، وقد أقره النبي ﷺ ، وإقرار النبي لفعل حجة لجوازه وصحته ، فدل هذا على أنه ليس ثمة مانع شرعي يمنع الحبس على الورثة ، وعلى أنه لاإثم فيه ، فمحال أن يقر النبي ﷺ إثما أو ما فيه خروج عن جادة الشرع القويم .

(ب) وأن الزبير بن العوام قد تصدق بدوره ، وقال للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ، ولا مضربها ، فإن استغنت بزوج فليس لها حق ، وفي رواية أنه جعل دوره صدقة على بنيه لاتباع ولا توهب ولا تورث ، وأن للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولامضر بها إلخ إلخ .. فدل هذا صراحة على أن الزبير رضى الله عنه قد وقف على ذريته سواء أكان في الرواية الأولى أم في الرواية الثانية . ففي الرواية الأولى جعل لبناته حق السكنى إذا خرجت من بيت الزوجية مطلقة ومردودة إلى أهلها،وبناته من ورثته ، ولا ريب في ذلك ، والرواية الثانية أصرح لأنه جعل الوقف من أول الأمر على بنيه ، وهم ورثته الأدنون ، وقد جاءت الرواية الأولى في صحيح البخاري ، ومكانته من كتب السنة مكانته ، بل أولها اعتبارا وأعلاها درجة في التصديق ، وإذا كان الزبير قد وقف على ورثته ، واشترط لورثته في منافع وقفه حقا معلوما ففي فعله دليل على صحة الوقف على الورثة ، ومن أحق من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاقتداء وأولى منهم بالاتباع ، وعلينا أن نختار ما اختاروا ، وهم لا يختارون إثما .

(جـ) أن النبي صلى الله عليه وسلم أشار على أبي طلحة الأنصاري أن يجعل صدقاته الموقوفة على الأقربين له ، وذلك أنه لما نزل قوله تعالى :(**لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون**) [١] قال أبو طلحة يارسول الله إن الله تبارك وتعالى يقول (**لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما**

تحبون) ، وأن أحب أموالى ألي بيرحاء[1] وأنها صدقة أرجو برها وذخرها عند الله ، وضعها أى رسول الله حيث أراك الله . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :« بخ[2] يا أباطلحة ، ذلك مال رابح قبلناه منك ، ورددناه إليك ، فاجعله فى الأقربين ، فتصدق به أبو طلحة على ذوى رحمه وهذا يدل على صحة الوقف على الأقارب ، ورثة وغير ورثة ، أغنياء وفقراء لأن النبى ﷺ أمره بأن يجعلها فى الأقربين فعلا ، بل إن هذا دليل على صحة الوقف على الورثة بالأولى : لأنهم من الأقارب والأقربين ، أو هم من أقرب الأقرباء ، وأعز النصراء للمورث .

(د)ما ورد من أوقاف الصحابة الكثيرة ، فقد وقف كثيرون منهم على أولادهم فوقف أبو بكر رضى الله عنه رباعا كانت له بمكة وتركها ، فلا يعلم أنها ورثت عنه ، وكان يسكنها من حضر من ولده وولد ولده ونسله[3] وتصدق عثمان بن عفان بماله الذى بخيبر على ابنه أبان بن عثمان بن بثلة لا يشترى أصلها و لايباع ولا يوهب ولا يورث[4] وحبس زيد ابن ثابت داره على ولده وولد ولده على أعقابهم ، لا تباع ولا توهب ولا تورث[5] وهذا مما تضافرت به الأخبار وتوارثه الناس عن الصحابة والتابعين جيلا بعد جيل من وقفهم[6] فكانوا يقفون إن كان بأيديهم مايوقف ، ويفتون بالأوقاف ، ويحكمون بها إن كان لهم فى القضاء شأن ، يروى أن رجلا تصدق بأرض له على بنيه ، وبنى بنيه وجعل للمساكين فيها شيئا وكان والى القضاة معاذ بن جبل ، فأجازه[7] وقد إقتفى أثرهم من جاء بعدهم من غير نكير على

---

(١) بيرحاء ، بكسر الباء وسكون الياء وضم الراء ، أسم حديقة لأبى طلحة كان رسول الله ﷺ يدخل ويقيل بها ، ويشرب من مائها .

(٢) بخ بخ بفتح الباء وسكون الخاء أو كسرها مع التخفيف والتشديد والتنوين عند التكرار ، وهى تقال عند الإعجاب بأمر أو التعجب منه .

(٣) أحكام الأوقاف للخصاف ص ٥٠ .

(٤) أحكام الأوقاف ص ٩ .

(٥) الكتاب المذكور ص ١٢ .

(٦) راجع الصفحات الأولى من أحكام الأوقاف للخصاف ففيها أكثر من عشرين خبرا عن أحباس الصحابة والتابعين وتابعيهم ، وفى كثير فيها الوقف على الذرية :

(٧) أحكام الأوقاف للخصاف ص ١٢ .

أفعالهم ، بل حاش لله أن يكون فى عملهم إثم أو منكر ، ولقد روى أن رجلا ذهب إلى عمر بن عبد العزيز يخاصم فى عقار حبس لايباع ولايوهب ولايورث ، فقال يا أمير المؤمنين إن أبا بكر وعمر كانا يقولان لايجوز الصدقة ولاتحل حتى تقبض ، قال عمر بن عبد العزيز : الذين قضوا بما تقول هم الذين حبسوا العقار والأرضين على أولادهم وأولاد أولادهم ، هم عمر وعثمان ، وزيد بن ثابت ، فإياك والطعن على من سلفك والله ما أحب أنى قلت ، وأن لى جميع ما تطلع عليه الشمس أو تغرب ، فقال : يا أمير المؤمنين ، إنه لم يكن لى به علم ، فقال عمر : استغفر ربك ، وإياك والرأى فيما مضى من سلفك(١) . وإذا كان الصحابة قد وقفوا على تلك الأوقاف ، وأفتوا بجوازها عندما يستفتون وأجازوها فى أحكامهم عندما يحكمون ، فلابد أن يكون ذلك عن علم أخذوه عن النبى ﷺ ، ولابد أن يكون عن إقرار له ﷺ ، ولابد أن يكون الأمر كذلك ، فما كان يكثر ذلك منهم من غير نكير من أحدهم ، أو اعتراض ظهر فيما بينهم .

١٨٧ — هذه أدلة الفقهاء عامة فى إجازتهم للوقف على الورثة والذرية ، وقد نبت فى عصور مختلفة من العصور الإسلامية أناس رأوا فى تخصيص بعض الورثة بجزء من الميراث على صورة الوقف ، وفى حرمان الورثة ليعطى من يحب من سواهم ، محاربة لنظام الميراث الذى سنه القرآن الكريم ، وبين أكثره ، وأتمت السنة بيان ما أجملة القرآن ، ورأوا فيه حبسا عن فرائض الله سبحانه وتعالى ، واقرأ ما نقلناه عن صاحب الروضة الندية تجده يحرم الوقف الذى يكون فيه مضارة بالورثة سواء أكان على الأقارب أم الأجانب ، وسواء أكان على وارث أم غير وارث ، وقد استدلوا على ذلك بأن شريعة الميراث محكمة ، وقد أعطى كل ذى حق حقه ، وكل ذى

---

(١) أحكام الأوقاف الخصاف ص ١٦ .

فرض فرضه ، فكل تحايل بوقف أو مايشابه الوقف فيه إبطال لحكم الله سبحانه وتعالى فيما شرعه من تقسيم عادل ، ولأى شيء منعت الوصية لوارث عملا بالأثر المشهور« لاوصية لوارث » ؟ لم تمنع الوصية لوارث كما جرت السنة ، وكما قرر الفقهاء إلا لما فيها من محاباة بعض الورثة ، وتخصيصهم بعطاء أوفى ، وقدر أكبر مما يخص غيرهم،فكيف يباح إذن الوقف الذى يكون فيه إيثار بعض الورثة على الآخرين .

وقد اعتنق ذلك الرأى طائفة من ذوى الرأى والفكر بل بعض علماء الدين فى الأزهر عندما ثارت زوبعة الخلاف بشأن الوقف الأهلى ، ولذا نوقشت تلك المسألة مناقشات قوية محكمة من الاستدلال أحيانا وواهنة فى بعض الأحيان ، ولقد نظروا فى الأدلة السابقة التى ساقها الفقهاء ، أو ساقها بعض أفاضل العلماء تأييداً للكثرة الكبرى من الفقهاء رحمهم الله ، وردوها دليلا دليلا .

(أ) فردوا الدليل الأول بأن كلمة (**ذى القربى**) التى جاءت فى حديث عمر رضى الله عنه ذكر الشارح فيها تفسيرين ، فقد جاء فى فتح البارى « قوله (**ولذى القربى**) يحتمل أن يكون هم من ذكروا فى الخمس ، كما سيأتى بيانهم ، ويحتمل أن يكون المراد بهم قربى الواقف[1] » فابن حجر يجعلها محتملة لأن يكون المراد منها المذكورين فى قوله تعالى : « **واعلموا أن ما غنمتم من شئ فأن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل** »[2] وذو القربى هنا المراد به ذو القربى من النبى ﷺ ، وإذا كانت تلك الكلمة تحتمل هذا كما تحتمل قرابة الواقف ، بطل الاستدلال بها ، لأنه لايتأتى الاستدلال مع الاحتمال ، وإذا سلمنا أن المراد بذى القربى قرابة عمر رضى الله عنه ، كما جزم بذلك القرطبى فلا نسلم أنها تشمل الغنى والفقير ، بل لاتشمل إلا الفقير ، لما أحاط بها من عبارات لأن التصدق فى الأكثر الشائع لا يكون

(١) فتح البارى لابن حجر الجزء الخامس ص ٣٦٤ .
(٢) فتح البارى لابن حجر الجزء الخامس ص ٣٦٤ .

للفقراء ، ولأن اجتماعها مع ابن السبيل وفى الرقاب ، وفى سبيل الله يشعر بالحاجة ، وذو القربى المحتاج هو الفقير لاالغنى ، وإذا سلمنا أن كلمة ذى القربى تشمل الفقراء والأغنياء من الأقارب ، فلا نسلم أنها تشمل الورثة ، ولم يقم دليل على أنها لفظ عام ، وإذا كان شمولها لهم من جهة العموم . فهو لايدل على تخصيص بعض ورثته ، بنصيب أوفى ، ومقدار أكبر ، بل إنه جعلهم فى عموم ذوى القربى ، وجعل ذوى القربى صنفا من أصناف كثيرة يتساوون معهم فى الحظ والقسمة ، واين هذا مما يجرى الآن ومما جرى سابقا من تخصيص بعض الواقفين بعض ورثته بالتركة أو حرمانهم جميعا لايقصدون بذلك برا ولاخيرا ، بل حرمانا آثما ، وإيثارا ظالما ، وعلى أية حال فليس فى هذا الأثر دلالة على صحة الوقف للورثة الأغنياء ، وبالأولى ليس فيه دلالة مطلقا على جواز حرمان بعض الورثة من نصيبهم الذى قسمه الله لهم ، وجعل الوقف ذريعة لذلك .

(ب) ويردون الدليل الثانى بأن البخارى روى صدقة الزبير هذه من غير سند نستطيع أن نحكم على رجاله أهم عدول إثقات ضابطون يقبل تحديثهم ، أم غير ذلك فيرد حديثهم ، وكل حديث كانت روايته كذلك من حق العلماء ألا يأخذوا به مهما يكن لراويه من فضل وعلم وثقة، لانه لم يبين لنا عمن روى وعمن أخذ . ونقل الرواية الثانية لتلك الصدقة التى لم تجىء عن طريق البخارى فيها أيضا ما يشبه هذه ، فإنها رواية الدارمى عن هشام بن عروة عن أبيه ، ولم يبين الدارمى عمن أخذ ، لأنه لم يكن معاصرا لهشام فلا بد أن يكون قد نقل عمن نقل عن هشام ، ولم يبين من هو لنتعرف حاله أهو صادق مقبول نقله أم كاذب مردود خبره ، والروايات التى على هذه الشاكلة لايأخذ بها العلماء فى تعرف أحكام الشريعة كما ذكرنا ، وإذا كان الأمر كذلك فليس فى هذا الدليل حجة ملزمة ، أو دليل واضح ينير الطريق ويبين وضح الحق الذى لاريب فيه .

(ج) ويردون الدليل الثالث بأنه لادليل فى الحديث على أن أقارب

أبى طلحة الذين تصدق عليهم هم ورثته ، أو قصد بالتصدق حرمان الورثة بأى وجه من الوجوه لأنه فعل ما فعل بإشارة من النبى ﷺ ، فالمحاباة لبعض الورثة أو حرمانهم منفى نفيا تاما .لأنه طلب إلى النبى ﷺ أن يضع صدقاته فيمن شاء فردها النبى ﷺ لأقاربه ، ويظهر أنه لاحظ أنهمْ أكثر حاجة ، والصدقة عليهم أولى وأحق ، للحرم الجامعة بينهم ، وأيضا فليس فى الحديث ما يدل على أن الصدقة التى تصدق بها أبو طلحة فى أقاربه من الصدقات الموقوفة فى شىء ، بل يظهر من عبارات الحديث ومما جاء فى أخبار من تصدق عليهم ما يدل على أن هذه الصدقة كانت من الصدقات المنفذة لامن الصدقات الموقوفة ، أى أنها كانت تمليكا ، ولم تكن حبسا ، فقد جاء فى رواية البخارى ذاتها أن ممن تصدق عليهم حسانا رضى الله عنه وأنه« باع حصته إلى معاوية فقيل له : تبيع صدقة أبى طلحة !! فقال : ألا أبيع صاعا من تمر بصاع من دراهم » ، فدل هذا على أن هذه الصدقة كانت تمليكا ، ولم تكن حبسا ، ولذا جاء فى فتح البارى عند تعليقه على بيع حسان :« هذا يدل على أن أبا طلحة ملكهم الحديقة المذكورة ، ولم يقفها عليهم إذ لو وقفها ما ساغ لحسان أن يبيعها فيعكر على من استدل بشىء من قصة أبى طلحة فى مسائل الوقف ، إلا فيما لاتخالف فيه الصدقة الوقف ، ويحتمل أن يقال شرط أبو طلحة لمن وقف عليهم أن من احتاج إلى بيع حصته منهم جاز له بيعها ، وقد قال بجواز هذا الشرط بعض العلماء كعلى والله أعلم »(١) . ونحن نوافق ابن حجر فى قوله إن هذه الصدقة ليست من الوقف ونخالفه فى احتمال أن أبا طلحة قد اشترط بيعها إذا احتاج المتصدق عليهم ، لأنه احتمال لايوجد ما يدل عليه ، وكل احتمال لم ينشأ عن دليل لايقف أمام ظواهر النصوص وما تدل عليه ، وفوق ذلك نرى أن فى بعض روايات الحديث ما يدل على أن الصدقة كانت تمليكا ولم تكن حبسا بوجه من الوجوه ، فقد جاء فى بعض روايات البخارى التعبير عن الصدقة . يقول الراوى : فقسمها أبو طلحة فى أقاربه وبنى عمه ، فدل هذا دلالة لاريب فيها على التمليك لأن قسمة المتصدق

---

(١) فتح البارى الجزء الخامس ص ٢٥٠ .

به تتضمن معنى التمليك ، لاحبس العين والتصدق بالمنفعة .

من كل هذا يفهم أن صدقة أبى طلحة التى أمره بها النبى ﷺ ، إذا استشاره ليست من الأحباس ، وإذا كانت ليست من الأحباس فلا تصلح حجة فى موضع النزاع .

(د) ويردون الدليل الرابع بأن الروايات التى جاءت فيها أوقاف الصحابة والتابعين ، وذكر فيها الوقف على الذرية والورثة ، فى إسنادها طعون وفى رواتها ضعاف فى الثقة ، لم يشتهروا بالصدق فى الرواية ، فوقف أبى بكر لم يذكر له سند فلا يقبل ، ووقف عثمان على ابنه أبان ، ووقف زيد بن ثابت على أولاده وأعقابهم وحكم معاذ بن جبل ، ومناقشة عمر ابن عبد العزيز ، كل هذا روى عن طريق الواقدى ، والواقدى لم يكن من الرواة الثقات ، وقد قال فيه الذهبى « وهو أحد أوعية العلم على ضعفه ، وقال أحمد : كذاب يقلب الأحاديث ، وقال البخارى وأبو حاتم : متروك ، وقال أبو حاتم أيضا والنسائى : يضع الأحاديث ، وقال ابن عدى أحاديثه غير محفوظة »[١] ، وإذا رجعنا إلى روايات الأحاديث التى رواها الخصاف ، وفيها وقف على الذرية وجدنا أنها من روايات الواقدى أو من يشبهه فى شهرته وسمعته التى ذكرناها[٢] ، فكيف يحتج بروايات تجىء عن أمثال هذا ، وكيف تتلقى شرعا يمت إلى الدين بسبب وثيق من أفواههم ، بل كيف نبنى على رواياتهم أى حكم ، وهم متهمون بالكذب ، ويثار حولهم من كل جانب إذ لاعاصم لهم من غيرة دينية .

واذا كان هذا حال تلك الروايات من حيث الثقة بناقلها ، فهى لاتصلح حجة فى شىء وقد أحاطت بها الظنون ، وثارت حولها الشبهات ، فلا يثبت بها حكم تطمئن إليه النفس ويسكن إليه القلب ، ويشرح له الصدر .

---

(١) ميزان الأعتدال فى نقد الرجال للحافظ الذهبى ، الجزء الثالث ص ١١٠ .

(٢) قد عنى صديقنا العزيز المرحوم الأستاذ الشيخ محمد أحمد العدوى بتخريج روايات الخصاف الوقف على الذرية ، ونقدها نقدا علميا ، ودون ذلك فى رسالة لم يطبقها ، وقد أطلقنا رضى الله عنه على الرسالة فوجدناها جديرة بعلمه ، وقد انتهى فى رسالته إلى أن ما ساق الخصاف من روايات فى الوقف على الذرية فى سنده كلام ، أو غير صريح فى دلالته .

١٨٨ — تلك هى أدلة العلماء التى ساقوها لإثبات ما قالته الكثرة الكبرى من الفقهاء بجواز الوقف على الورثة ، وجواز حرمان بعضهم منه ، وتخصيص بعضهم به ، بل جواز حرمانهم جميعا عند نقمة الواقف عليهم ، وهذه هى الاعتراضات التى اعترض بها بعض العلماء فى عصرنا الحاضر ، وجاءت فى عبارات علماء ظهروا فى القرون الإسلامية الغابرة وأطلنا فيها ، لأنها شغلت الفكر المصرى بل الإسلامى نحو ثلاث سنوات اشتدت فيها الحومة وحمى الوطيس ، وناضل كل ذى رأى عن رأيه ، ولأن فى سوقها كشفا عن ينابيع الشريعة وكيف يستقى منها الواردون ، ولأن مناقشتها قد ألقت بين يدى القارىء الكريم ضوءا على حقيقة علمية ثارت حولها زوبعة القول ، وله أن يكون منها رأيا ينقدح فى نفسه ، ويطمئن إليه قلبه ، وليتبين كيف سهل إبقاء الوقف الأهلى فى بعض البلاد العربية .

ولو أن لنا نحن أن نكون رأيا فى وسط ذلك المضطرب الفسيح ، وذلك المعترك الشديد ، فذلك الرأى هو أن الوقف على الذرية أو الورثة إذا كان غرض الواقف منه دفع الحاجة عنهم ، أو منع غائلة الجوع أن تمتد إليهم ، ويبين ذلك الغرض فى لحن القول وإشارته ، بل عبارته ، كأن يقف على الفقراء والمساكين أو جهة بر ، ويشترط إذا افتقر أحد ورثته أن يأخذ منه ما يكفيه وأهله بالمعروف ، إذا كان غرض الواقف ذلك ، فوقفه صحيح لاريب فى صحته ، لأن الوقف صدر من أهله مستوفيا شروطه ، وكان على جهاته وليس فى شرطه مخالفة للمبادىء الشرعية فى شىء ولا محاربة لنظام المواريث الذى سنه الله ، ومن هذا النوع أن يقول الواقف مثلا لمن يركبه دين من ورثته ويعجز عن أدائه أن يسدد من غلات الوقف دينه ، ومثله كل شرط ينبىء عن الحاجة ، ويشعر بأن صرف الغلات إلى الورثة منوط بها ، لأن هذا يدل على أن الواقف ما قصد به إيثارا لبعض الورثة على بعض ، بل قصد ذوى قرباه عند احتياجهم ، وذلك أمر مبرور يحث عليه الشرع ، ويدعو إليه .

أما إذا كان غرض الواقف حرمانا لبعض ورثته ، أو تطفيفا لنصيبهم وزيادة نصيب الآخرين ، فذلك هو الذى نراه إثما لاخير فيه ، وشرا لابر

معه لأن فيه معارضة لنص القرآن فى توزيعه الميراث ، ومحاربة لوصية الله تعالى التى أوصى بها عباده فى قوله تعالت كلماته :« **يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كن نساء فوق إثنتين فلهن ثلثا ما ترك ، وإن كانت واحدة فلها النصف ، ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد ، فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ، فان كان له إخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصى بها أو دين آباؤكم وأبناؤكم لاتدرون أيهم أقرب لكم نفعا فريضة من الله إن الله كان عليما حكيما» ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ، ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين ، وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة ، وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين ، غير مضار وصية من الله ، والله عليم حكيم** »(١)

تلك هى وصية الله ، وتلك فريضته ، وكل من حاول أن يبطل وصية الله إطاعة لهوى النفس ونزعات الشيطان ، وتحت غضبات جامحة ، أو محاباة ظالمة فمحاولته مردودة عليه ، لأن من سعى فى التخلص من حكم من أحكام الله فسعيه عليه رد ، ولأن حكم الله أحق بالاتباع ، وكتاب الله أهدى سبيلا وأعدل ، وليست أقوال الواقفين بمعتبرة أمام كتاب الله ، وإذا كان الأمر كذلك فكل وقف يقصد صاحبه منه مضارة الوارث ، أو نقض حقه فى فريضة الله التي فرضها ، ووصيته الموثقة التى التى بها ففعله إثم ، وإذا قام لدى القاضى الدليل على مقصده ، ووضعت بين يديه الدلائل على غرضه الآثم فعليه أن يبطل وقفه ، ويرد كيده فى نحره لأن الشريعة لاتحمى ما يناقضها ، ولاترعى ما يناهضها .

١٨٩ ــ تلك حقائق واضحة لايمارى بها عالم ولاينكرها مؤمن ، غير أن قوما دأبوا على التمسك بظاهر من القول ينكرون تلك البديهيات ،

(١) سورة النساء الآية ١١ ، ١٢ .

وينازعون فى صدقها ، ولذلك نسوق من لباب الشريعة مايدل على أن كل فعل قد قصد فاعله غير ماشرعه الله له محارب للشريعة ، وأن كل تصرف ناقص فاعله بقصده مقصد الشرع منه وقام الدليل على قصده حكمنا ببطلان تصرفه ، ولايصح للقضاء أن يقره ، فلقد جاء فى عبارات كتب الأصول مايدل على أن العبرة فى العقود والتصرفات الشرعية إلى مقاصدها ونيات الفاعلين وأغراضهم ، وأن الاعتبار فى العقود والتصرفات ليس لألفاظها وصورها المادية ، ولكن لأغراضها والغايات التى يرمى إليها العاقدون والمتصرفون ، وهى مناط التقدير وعليها تجرى الأحكام الشرعية ، واستمع إلى مايقوله الشاطبى فى الموافقات ، فهو يقول : « كل من ابتغى فى تكاليف الشريعة غير ما شرعت له ، فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله فى المناقضة باطل ، فمن ابتغى فى التكاليف مالم تشرع له ، فعمله باطل ، أما أن العمل المناقض باطل فظاهر ، فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد ، فإذا خولفت لم يكن فى الأفعال التى خولفت فيها جلب مصلحة ولادرء مفسدة »[1] ثم يسوق أدلة كثيرة على أن من إبتغى فى التصرفات الشرعية مالم توضع له فهو الناقض لها ، وإنا نختار من بين هذه الأدلة ثلاثة هى :

(أ) أن الآخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد آخذ فى غير مشروع حقيقة ، لأن الشارع إنما شرعه لأمر معلوم بالفرض ، فإذا أخذ بالقصد إلى غير ذلك الأمر المعلوم ، فلم يأت بذلك أصلا ، وإذا لم يأت به ناقض الشارع فى ذلك الأخذ ، من حيث صار كالفاعل لغير ما أمر به ، والتارك لما أمر به .

(ب) أن المكلف إنما كلف الأعمال من جهة قصد الشارع لها فى الأمر والنهى فإذا قصد بها غير ماطلب الله منه كانت — باعتبار قصد المكلف — وسائل لمآربه ولامقاصد للشارع إذ لم يقصد بها قصده لتكون مقصوده ، بل قصد بها قصدا آخر ، وما كان شأنه هذا فيه نقض لإبرام الشارع وهدم لما بناه .

(جـ) أن القاصد لغير ما قصده الشارع من مشروعاته مستهزىء بآيات الله لأن من آياته أحكامه التى شرعها ، وقد قال تعالى بعد ذكر أحكام

(١) الموافقات فى أصول الأحكام للشاطبى جـ ٢ ص ٢٣١ .

شرعها ، « ولا تتخذوا آيات الله هزوا » (١) والمراد ألا يقصد بها غير ما شرعها ، لأجله (٢) .

وترى من هذا أن الشاطبى يحكم حكما جازما بأن كل تصرف شرعى قصد منه المتصرف غير مقصد الشارع مناهض للشريعة ، وكل تصرف كذلك فهو باطل ولئن طبقنا هذه القاعدة على مسألتنا ، لبدا لنا الحق واضحا جليا ، فإن الواقف الذى قصد مضارة الورثة لم يقصد ما قصد الشارع من شريعة الوقف ، فقد قصد الشارع من شريعة الوقف أن يكون صدقة جارية ، وبرا لذوى الحاجات دائما ، وينبوعا أبديا يدر الخيرات ، ولو تنزلنا إلى ما قاله الفقهاء لقلنا أن مقصد الشارع من الوقف الصرف فى فعل الخير المطلوب ، أو فى كل أمر محبوب ، ما دام لاإثم فيه ، فاذا أخرج الواقف الوقف من ذلك القصد السامى ، وقصد به مضارة الورثة بالحرمان ، أو مضارة بعضهم بالنقص أو الحرمان ، وإعطاء الآخر محاباة واعتداء ، فقد خرج بالوقف عن شرعته العادلة إلى فكرة ظالمة ، فيكون مناهضا لقصد الشرع فيرد عليه عمله .

١٩٠ — ولا نريد أن نترك تلك القاعدة الجليلة ، قاعدة أن العبرة فى العقود إلى موافقة الغرض لمقصد الشارع منها ، وأن المتصرف أو العاقد إن قصد غير مقصده فقد سلك غير سبيله ، وكان عمله باطلا ، لانريد أن نترك تلك القاعدة من غير أن ننقل شيئا مما قاله ابن القيم فى هذا المقام ، فقد عقد فصلا لبيان أن الحكم فى التصرفات يرجع إلى مقصد المتصرف ، فإن وافق مقصد الشارع استقام وإلا بطل تصرفه ، وجاء فى ذلك الفصل :« قد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود فى العقود معتبرة وأنها تؤثر فى صحة العقد وفساده ، وحله وحرمته ، بل أبلغ من ذلك ، تؤثر فى الفعل الذى ليس بعقد تحليلا وتحريما فيصير حلالا تارة ، وحراما تارة أخرى ، باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحا تارة ، وفاسدا تارة أخرى باختلافها » (٣) .

(١) سورة البقرة الآية ٢٣١ .

(٢) الموافقات فى أصول الأحكام للشاطبى جـ ص ٢٣١ .

(٣) الموافقات بتصرف قليل .

« ولذا لو أكل طعاما حراما يظنه حلالا لم يأثم به ، ولو أكله وهو حلال يظنه حراما وقد أقدم عليه أثم بنيته ، وكذلك لو قتل من يظنه مسلما معصوما ، فبان حربيا أثم بنيته ، ولو رمى يقصد صيدا فأصاب معصوما لم يأثم ، ولو رمى بقصد معصوما ، فأخطأه وأصاب صيدا أثم ، فالنية روح العمل ولبه وقوامه ، وهو تابع لها يصح بصحتها ، ويفسد بفسادها ، والنبى ﷺ قد قال كلمتين كفتا وشفتا ، وتحتهما كنوز العلم ، وهما قوله :« إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرىء ما نوى » ، فبين فى الجملة الأولى أن العمل لايقع إلا بالنية ، ولهذا لايكون عمل إلا بنية ، ثم بين فى الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه ، وهذا يعم العبادات والمعاملات ، الايمان والنذور وسائر العقود والأفعال ، وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا ، ولايعصمه من ذلك صورة البيع وأن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محللا ، ولايخرجه من ذلك صورة عقد النكاح »(١) .

وفى الحق أن الشريعة الاسلامية مع أنها قانون يتعلق بتنظيم الجماعات والسير بها فى منهاج الكمال تستمد قوتها من الدين ، وتصدر عنه ، وتستقى من ينابيعه الصافية ، والأديان كما تنظر إلى الصور الظاهرة فى العقود والتصرفات تتجه فى أحكامها من حيث الثواب والعقاب ، والتحليل والتحريم إلى البواعث والدوافع والأغراض والمقاصد التى يرمى إليها المتصرفون العاقدون من تصرفاتهم ، فالدين كالقانون خلقى ينيط حكمه فى التأثيم والتحليل إلى الغرض والدافع لا إلى الصور المادية للعقود والأفعال ، ولقد ورد فى الأثر الصحيح« الإثم ماحاك فى الصدر وكرهت أن يطلع عليه الناس فاستفت قلبك وإن أفتاك الناس وأفتوك » . وقد يعاقب الدين على النية وعلى العزيمة المعقودة وإن لم ينتج لها أثر فى الحس إذ كان العمل بغير إرادته ، وقد يثيب على عزمه الخير وإن لم يتحقق فى الوجود ، لأن الأديان تخاطب فى الإنسان وجدانه ، وعملها تهذيبه ، وإيقاظ الضمير ، وتربيته وتكوينه .

لذلك كله نظرنا فى عمل الواقف إلى غرضه ومقصده ونياته الخفية

(١) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ٩٦ ، ٩٧ ، ٩٨ .

والظاهرة ، وبواعثه المعروفة والدفينة ، لأنه أمر دينى ، وشريعة محمدية . ولأنه فوق ذلك يرتفع إلى مراتب الصدقات وافعال البر ، وعلى الواقف أن يستفتى قلبه ، وإن أفتاه الناس وأفتوه ، ونقول أن الواقف إن كان غرضه المضارة لوارثه ، والباعث على وقفه محاربة الله فى قسمته فعمله باطل ، وإن ظهرت بين يدى القضاء قرائن تدل على غرضه وجب أن يبطله ، أو يبطل الشرط .

١٩١ — وقد يقول قائل : إن الأغراض والبواعث خفايا الصدور ، وأمور قد انطوت عليها القلوب ، فلا يعلمها إلا علام الغيوب ، فنقول له« إن القاضى الأريب يستطيع بجهد يسير أن يعرف أغراض الواقف من وقفه بطريقين كلاهما معبد ، لاترى فيهما عوجاولا أمتا : **(أحدهما)** أن يناقش الواقف فى البواعث الدافعة للوقف ، وفى العوامل التى حفزته إلى الشروط التى يشترطها ، والمصارف التى يذكرها ، وإنى أعتقد أن مساجلته القول فى ذلك عند الإشهاد تكشف عن حقيقة نيته وخفى طويته ، بل كان أكثر الواقفين فى الماضى يصرح بما يبغى من وقفه تصريحا لالبس فيه ولا إبهام ، ولا يتعمد الستر والكتمان ، وإن كان عند تقييد الوقف فى وثيقته لايصرح إلا بما يرضاه الفقهاء من غير خلاف ، وإذا علم القاضى أنه يقصد من وقفه حرمان بعض الورثة من ميراثهم فواجب عليه إذن أن يرشده إلى مالا إثم فيه ، وأن يأخذ بيده إلى ما فيه الخير ، فان أنغض رأسه ، وأصر على مقصده امتنع القاضى عن تسجيل ذلك فى سجله ، وعن أخذ إشهاد به يعطيه قوة الحق الثابت المبين ، وإذا كان ذلك واجبا على القضاء الإسلامى ، فواجب على الدولة التى لم تلغ الوقف الأهلى أن تمكن القاضى من أدائه ، وذلك بأن تعطيه قوة يستطيع بها أن يرشد ويجاب إلى ما يرشد إليه وإلا أعطته قوة الامتناع عن تسجيل ما فيه ذلك الإثم ، وهو حرمان الورثة من ميراثهم وإن شكا طالب التوثيق نظرت المحكمة فى شكواه .

(وثانيهما) أن تدرس نصوص الأوقاف السابقة فى البلاد التى لايزال فيها الوقف الأهلى ويتعرف من بين ثناياها أغراض الواقف ، وأن المتأمل البصير ليرى فيما بين دفات كتب الأوقاف السابقة غرض الوقف يلوح

كوضح الصبح لذى عينين ، وأنه يتبين من جمع متفرق كتاب الوقف ، ورد مقدمه إلى متأخره ، وحواشيه إلى صلبه حقيقة الباعث على وقفه ، وإنى أسوق استشهادا لذلك كتابى وقف وجدتهما فى سجلات محكمة مصر الشرعية ، ولم أحصل عليهما إلا بعد بحث وتنقيب ، لأن عباراتهما مألوفة لدى كل من له اتصال بشئون الوقف عن قرب أو بعد .

والكتاب الأول منهما مؤرخ بتاريخ ١١ يناير سنة ١٩١٢م ، ويتضمن وقف منزل ، وجاء فيه عند ذكر المصارف :« إنشاء وقفه من تاريخه على نفسه ، ينتفع بذلك بسائر وجوه الانتفاعات الشرعية مدة حياته ، ثم يكون وقفا على ما يبين فيه ، فالنصف من ذلك يكون وقفا على أولاده كذلك ، ثم أولاد أولاده أولاد أولاده كذلك ، ثم على ذريتهم ونسلهم وعقبهم كذلك ، طبقة بعد طبقة ، وجيلا بعد جيل . والنصف باقى الموقوف المذكور يكون وقفا على زوجة الواقف المذكور وهى فلانة بنت المرحوم فلان فإذا ماتت أو طلقت من الواقف المذكور فى حياته ، ومات وهى على غير عصمته ، أو تزوجت بعد وفاته بغيره يكون نصيبها الموقوف عليها المذكور مضما وملحقا بالنصف الموقوف على أولاد وذرية الواقف المذكور أعلاه ، ويكون حكمه كحكمه وشرطه كشرطه » .

هذه زبدة ما جاء فى ذلك الكتاب خاصا بمصارفه المتعلقة بأولاده وزوجه ، وهو نص يتشابه كثيرا فى تعابيره ومرامى عباراته مع كتب أوقاف كثيرة ، ولذلك نلقى عليه نظرة فاحصة منها يبين غرضه للقارىء الكريم ، وأول ما نلاحظه على كتاب الوقف أنه جعل الاستحقاق الأول لنفسه ، ما دام حيا ، وقد علمت فى أثناء كلامنا فى الوقف على النفس ، ثم على الأولاد كيف اتخذ طريقا لمحاباة بعض الورثة فى كثير من الأحيان ، بل تلك كانت نظرة السادة المالكية رضى الله عنهم فى منعهم الوقف على النفس ، كما جاء فى فتح البارى ، فقد قال : « وجمهور المالكية على المنع(أى منع الوقف على النفس) إلا إذا استثنى لنفسه شيئا يسيرا ، بحيث لايتهم أنه قصد حرمان ورثته »[١] وقد بينا ذلك فى موضعه من بحثنا هذا فتقدم الوقف

(١) راجع فتح البارى جـ ٥ ص ٢٦٢ .

على النفس أمر يدفعنا إلى الظن بأنه يقصد من هذا الوقف توزيعاً يخالف به توزيع الميراث ، ولايقصد به مطلق التصدق ، أو التبرع فى حال الحياة لمن يحب ، وهو لعمرى يكاد يكون وصية لبست لبوس الوقف ، وظهرت فى ثيابه وأشكاله ، والوصية للوارث محاباة له من غير ريب ، وبعد هذه الملاحظة نلاحظ أنه قسم الوقف بعد وفاته إلى نصفين :(أحدهما) لأولاده وذريته ، و(ثانيهما) لزوجه ، وما جعله لأولاده جعل الذكر فيه مثل الأنثى ، وما جعله لزوجته قيده بقيود ، فالغلة لها إلى وفاتها ، وتذهب إذا تزوجت بعد وفاته ، أو كان قد طلقها فى حياته ثم مات ، وليست على عصمته ، وإذا انتهى استحقاقها عادت إلى أولاده ، فهو أولا أعطى الزوجة فى حياتها أكثر مما قسم الله ، أعطاها الله الثمن ، وأعطاها هو النصف فى حياتها ، ولاشىء لورثتها من بعدها ، وأعطاها الله نصيبها وأباح لها الزواج ، وهذا حرم عليها الزواج ، وإذا كان ذلك الوقف هو كل ما يملك الواقف ، فلا ريب عند القارىء فى أن الواقف قصد تقسيم تركته بغير ما قسم الشرع ، تلك إذن قسمة ضيزى ، فيجيب إبطالها .

أما الكتاب الثانى وهو مؤرخ بتاريخ ١٨ فبراير سنة ١٩١٢ فهو خاص بوقف $\frac{١}{٤}$ ١٠٩ ف ، وقد جاء فيه خاصا مصارفه المتعلقة بأسرته « وأنشأ حضرة الواقف المذكور وقفه هذا من تاريخه على نفسه ، ينتفع بذلك ، وبما شاء منه بسائر وجوه الانتفاعات الشرعية مدة حياته ، ثم بعد وفاته يكون ذلك وقفا على ما بين فيه ، فالأطيان التى قدرها ٧٢ فدانا ، وقيراط واحد ، وعشرون سهما الكائنة بزمام ... تكون وقفا على كريمته القاصرة ، وهى « فلانة » المرزوقة له من زوجته التى فى عصمته ، وهى الست « فلانة » الإسرائيلية بنت المتوفى فلان الإسرائيلى ، وتنتفع بذلك كانتفاع والدها الواقف المومأ إليه ما دامت باقية على دين الإسلام ، وبشرط أن تتزوج برجل مسلم مدة حياتها ، فإن خرجت عن دين الإسلام ، أو تزوجت برجل غير مسلم ، أو ماتت يكون ذلك وقفا على من يوجد لها من الأولاد المسلمين ذكورا وإناثا ، للذكر منهم مثل حظ الأنثيين، ثم على أولاد أولادها كذلك . ثم على ذريتهم ونسلهم وعقبهم كذلك ، طبقة بعد طبقة ، فإذا توفيت فلانة المذكورة عن غير عقب ولا ذرية من الموقوف عليهم ، أو كانوا وانقرضوا ، أو خرجت عن دين الإسلام ، وكان أولادها وذريتها غير مسلمين ، أو تزوجت برجل غير مسلم كان

ما هو موقوف عليها ، وقفا على من يوجد للواقف المومأ إليه من الأولاد المسلمين — ذكورا وإناثا ، للذكر منهم مثل حظ الأنثيين، ثم على أولادهم فى كل الطبقات ، طبقة بعد طبقة . وإذا لم يكن للواقف المومأ إليه أولاد ولا ذرية مسلمون ، أو كانوا وانقرضوا يكون ما هو موقوف على كريمته « فلانة » المذكورة وقفا مقسما إلى أربعة وعشرين قيراطا فخمسة قراريط تكون وقفا على فلان القاصر نجل حضرة ... بك أحد الشهود وخمسة قراريط من ذلك أيضا تكون وقفا على الست فلانة كريمة المرحوم الشيخ فلان بن المرحوم الشيخ فلان عم الواقف المذكور سوية بينهم .. والأطيان التى قدرها ٣٧ فدانا تنتفع بها الست فلانة الإسرائيلية زوجته مدة حياتها كانتفاع المذكور ما دامت عزبا لم تتزوج بعد وفاة الواقف بغيره ، ولم تخرج من عصمته لابطلاق ولابغيره ، فإن ماتت أو طلقها الواقف فى حياته أو تزوجت بعد وفاته بغيره كان ما هو وقف عليها وقفا مضما وملحقا إلى ابنتها كريمة الواقف فلانة ...إلخ ...إلخ » .

هذا هو الكتاب الثانى من الكتابين اللذين أردنا أن نستشهد بهما ونرى أن الملاحظة التى لاحظناها على الكتاب السابق تلاحظ هنا أيضا ، ونزيد عليها أنه قد يستفاد من مضمون هذا الكتاب أن الواقف كان له ابن عم مثلا ، كما يستفاد من إشارات الكتاب وثناياه أن الواقف لم يكن له ذرية سوى ابنته التى وقف عليها ، وكان ورثته إذن بنته وابن عمه ، فهو لم يرد أن يأخذ ابن عمه ما أعطاه الله مقسوما وقدرا معلوما ، وجعل وقفه بعد وفاته بين ابنته وزوجته الإسرائيلية بالشروط التى ذكرها ، حتى إذا لم يكن للوقف بعد ابنته مصرف إلا جهة البر التى ذكرها لابن عمه خمسة قراريط من أربعة وعشرين وقد كان يستحق بحكم الله نصف التركة تعصيبا ، وقد حدثنا أحد القائمين بأعمال المحفوظات فى محكمة مصر الشرعية أنه على ذكر ممن أحاط بهذا الوقف وأهله علما ، وقال إن هذه الأطيان كانت هى كل ما يملك الواقف ، وإذا كانت الحال هكذا كما أخبر ذلك الراوى الثقة ، فنحن إذن لانشك فى أن عمله ما كان يقصد به إلا محاباة بعض ورثته ، ومضارة آخرين ، وهو فى ذلك يسير وراء هوى ملح وشهوة جامحة ، وتحت سلطان رغبات دنيوية سيطرت عليه .

مما سبق يتبين لنا أن القضاء فى البلاد العربية التى تطبق نظام الوقف الأهلى

يستطيع بنظراته الفاحصة الكاشفة أن يتبين أن أغراض بعض الواقفين من أوقافهم لم تكن هي المقاصد التي شرعها الله سبحانه وتعالى في الوقف ، ومن أجلها أباحه ودعا إليه ، وإذا كانت تلك الأغراض في الاستطاعة تعرفها ، وفي الأحكام استبانتها ، يجب على القضاء بمعاونة أولى الأمر بما يسنون من قوانين أن يعمل على إذهاب ما فيها من حيف ، وذلك بردها إلى الشريعة العادلة ، والسنة القويمة ، وقسمة الله السامية ، فهي أوثق وأحق ، وعلى ذلك يجب أن نقسم بأمر القاضي بعد نظره ــ غلات كل وقف تبين أن قصد الواقف منه مضارة الورثة ، على مقتضى تقسيم الميراث الشرعي العادل ، وتوزع على طبقاتهم على ذلك التقسيم ، حتى إذا انقرضوا كان الوقف على جهة البر المعروفة ، ولسنا في ذلك الرأى بدعا ، بل قد سبقنا الظاهرية إلى ما يشبهه ، فقد جاء في المحلى .« والتسوية بين الولد فرض في الحبس لقول رسول الله ﷺ اعدلوا بين أبنائكم » فان خص بعض بنيه فالحبس صحيح ويدخل سائر الولد في الغلة والسكنى مع الذى خصه ، برهان ذلك أنهما متغايران بنص كلام رسول الله ﷺ أحدهما تحبيس الأصل فباللفظ تحبيسه يصح لله تعالى بائنا عن مال المحبس ، والثاني التسبيل والصدقة ، فإن وقع فيها حيف ردا ولم يبطل خروج الأصل محبسا لله عز وجل ما دام الولد أحياء ، فإذا مات المخصوص بالحبس رجع إلى من عقب عليه بعده وخرج سائر الولد عنه لأن المحاباة قد بطلت ، وبالله تعالى التوفيق » .

والمشابهة بين ما نقول ، وما يقوله ابن حزم بينة ، فهو يعدل شرط الواقف إلى ما يتفق مع قول الرسول ﷺ ، ونحن نعدل شرط الواقف إلى ما يتفق مع كتاب الله وتقسيمه في الميراث ، والمبرر للتعديلين واحد ، فإذا جوِّز في هذا فليجوِّز في غيره .

١٩٢ ــ وابن القيم يبطل كل شرط يجانف الإثم ، ويوجب على القاضي ألا يحترمه ، وقد بينا ذلك فيما أسلفنا عند الكلام في مقدمة شروط الواقفين ، والآن ننقل عنه تفصيلا يمس موضوعنا ، لقد قال في إرشاد المفتي :« إذا سئل عن مسألة فيها شرط واقف ، لم يحل له أن يلزم بالعمل به ، ولا يسوغه على الإطلاق حتى ينظر في ذلك الشرط ، فإن كان يخالف حكم الله ورسوله فلا حرمة له ولا يحل تنفيذه ولا يسوغ ، وإن لم يخالف

حكم الله ورسوله ، فلينظر هل فيه قربة ولا رجحان لغيرها عند الشارع أم لا ، فإن لم يكن فيه قربة ولا رجحان لم يجب التزامه ولم يحرم ، فلا تضر مخالفته ، وإن كانت فيه قربة وهو راجح على خلافه فلينظر هل يفوت بالتزامه والتقييد به ما هو أحب إلى الله ورسوله وأرضى له ، وأنفع للمكلف ، وأكثر تحصيلا لمقصود الواقف من الأجر ، فإن فات ذلك بالتزامه لم يجب التزامه ولا التقييد به قطعيا ، وجاز العدول بل يستحب إلى ما هو أحب إلى الله ورسوله ، وأرضى له ، وأنفع للمكلف » .

وإذا جوّز ابن القيم مخالفة شرط الواقف فيما لاقربة فيه بل ما فيه منفعة ، ووجد ما هو أحب منها ، وأكثر نفعا وتحصيلا ، أفلا نخالف نحن شرط الواقف ، فيما فيه معارضة لله سبحانه وتعالى ، ومحاربة لتقسيم الميراث .

١٩٣ — وقد يقول قائل إن الواقف إنما وقف ماله على أشخاص ارتضاهم ، ولم يرض بنقله لغيرهم ، وإن كان الإنفاق عليهم أفضل من الإنفاق على الموقوف عليهم ، وقد أجاب عن مثل ذلك ابن القيم إجابة محكمة فقال : « إن الله سبحانه وتعالى ملكه (الواقف) المال ، لينتفع به فى حياته ، وأذن له أن يحبسه ، لينتفع به فى حياته ، بل حجر عليه وملكه ثلثه يوصى به بما يسوغ أن يوصى به ، حتى إن حاف أو جار أو أثم فى وصيته وجب على الوصى والورثة رد ذلك الجور والحيف والإثم ، ورفع الله سبحانه الإثم عمن يرد ذلك الحيف والإثم من الورثة والأوصياء ، وهو سبحانه وتعالى لم يملكه أن يتصرف فى تحبيس ماله بعده إلا على وجه ويقربه إليه ويرضاه ، لا على أى وجه أراد ، فلم يأذن الله ورسوله لمكلف أن يتصرف فى تحبيس ماله بعده على أى وجه أراده أبدا ، فأين فى كلام الله ورسوله أو أحد من الصحابة ما يدل على أن لصاحب المال أن يقف ما أراد على من أراد ، ويشترط ما أراد ، ويجب على الحكام والمفتين أن ينفذوا شرطه ؟ » .

وإذا كان من الواقفين من يقف مضارة بالورثة فنحن لانعمل بذلك

الشرط الذى لايقره شرع الله ولنا فى ذلك أسوة بما قاله هؤلاء العلية من العلماء ، وعلى ضوء تفكيرهم نسير ، وهو الحق الذى انساغ فى نفوسنا وأقرته ضمائرنا الدينية .

هذا ولا ننسى أن نقول أنه ليس كل واقف على ذريته أو ورثته يقصد تلك المحاربة ، وهذه المضارة ، بل من الناس من يقصد أغراضا دنيوية أخرى غير هذه ، وليس فيها معارضة لكتاب ولا سنة ، فمن الناس من يريد بوقفه أن يحصن تركته من تصرفات السفهاء من الوارثين ، بأن يقفها ، ويجعل غلاتها عليهم ، ويجمع بذلك بين قصد القربى ، ومصلحة الورثة ، ومن الناس من يقف على ورثته خشية أن تنزل به جائحة مالية تأكل الأخضر واليابس فلا تبقى ولا تذر ، فهو يحصن ماله لورثته من هذه الجائحات بهذا الحبس ، ومن الناس من يقف على ورثته أرضه ، فيقف على كل واحد قطعة من الأرض متميزة عن غيرها لكيلا يتنازعوا من بعده ، وكل هذه أغراض لاتعارض مقاصد الشرع ولا تحارب حكما منصوصا عليه فى الكتاب أو السنة ما دامت لم تحارب نظام المواريث ، بل اتفق التوزيع فيها مع توزيع القرآن الكريم ، وليس لنا اعتراض بوجه من الوجوه عليها ، لأنها لاتنازع أمرا مقررا في الشرع ، ولا نصا صريحا فيه ، ولا ظلم ولاعدوان لأحد فيها .

١٩٤ ـــ هذه نظرة سريعة عاجلة قد ألقيناه على الأحباس التى تتعلق بالورثة بالحرمان ، أو بالنقص ، أو بالمحاباة ، ومن الظلم للتاريخ والعلم أن ندعى أن أحدا من الأئمة رضوان الله عليهم لم يشر إليها ، أو لم يستنكرها إن عرضت لخاطره أو حدثت حادثة استفتى فيها ، فأقر وقفا فيه مضارة الورثة ، وتبين قصده من لحن قوله ، فهذا أبو حنيفة رضى الله عنه كما علمت (عند الكلام على حقيقة الوقف) خشى على الميراث من الأحباس ، فمنعها ، ولم يقرها إلا على وجه التصدق بالغلة والتبرع بها فى حياته ، وهذا مالك رضى الله عنه ، قد أنكر كل شرط من شروط الواقفين فيه حرمان البنات مطلقا ، أو حرمانهم إن تزوجن ، وقد جاء فى المدونة الكبرى : « ذكر عن أبى بكر بن حزم أن عمر بن عبد العزيز كتب إليه أن يفحص عن الصدقات ، وكيف كانت أول ما كانت قال فكتبت إليه له أن عمرة بنت عمران

ذكرت لى عن عائشة أنها كانت إذا ذكرت صدقات الناس اليوم وإخراج الرجال بناتهم منها تقول : ما وجدت للناس مثلا اليوم فى صدقاتهم إلا كما قال الله عز وجل :« وقالوا ما فى بطون هذه الأنعام خالصة لذكورنا ومحرم على أزواجنا ، وإن يكن ميته فهم فيه شركاء »(١) والله انه ليتصدق الرجل بالصدقة العظيمة على ابنته ، فترى غضارة صدقات الناس التى أخرجوا منها النساء ، وإن مالكا ذكر أن عبد الله بن عمرو ، وزيد بن ثابت حبسا على أولادهما دورا ، وأنهما سكنا فى بعضها ، فيدل قول عائشة على أن الصدقات فيما مضى ، إنما كانت على البنين والبنات ، حتى أحدث الناس إخراج البنات ، وما كان من عزم عمر بن عبد العزيز على أن يرد ما أخرجوا منها البنات ، يدل على أن عمر ثبت عنده أن الصدقات كانت على البنين والبنات » .

ولم يكن فى مذهب مالك منع الحبس على البنين دون البنات فقط ، بل فيه أيضا المنع من تقييد استحقاق البنات بعدم الزواج ، وقد جاء فى مواهب الجليل شرح مختصر خليل فى أثناء ذكر الشروط التى لاتجوز :« ومن ذلك اشتراط إخراج البنات إذا تزوجن » .

ومع اتفاق المالكية على أن اشتراط منع البنات مطلقا من الوقف - أو منعهن إن تزوجن من الشروط الممنوعة — اختلفوا فى الوقف على هذا الشرط على أقوال كثيرة يجمعها خمسة : أحدها أن الوقف يفسخ على كل حال ، وإن حازه الموقوف عليهم حيازة تامة ، لأنه وقف لابسه منهى عنه ، فيبطل ويرد على صاحبه ، وثانيها أنه يفسخ ويرجع لمالكه ما لم يحز عنه ، فإن كان قد حيز عنه ، لم يفسخ للزوم العقد بتمام أركانه ، وإن كان ذلك لايمنع الإثم أو الكراهة ،**وثالثها** أنه يفسخ ويدخل فيه البنات وإن حيز عنه ، لأنه منع لحقهن فيفسخ لرد حقهن . **ورابعها** أنه يفسخ ويدخل فيه البنات ما لم يحز عنه ، فإن حيز عنه ، لم يدخلن إلا برضا المحبس عليهم ، **والخامس** أنه لايفسخ ولا يدخل فيه الإناث وإن لم يحز عنه إلا برضا المحبس عليهم .

١٩٥ — وترى من هذا أن الاجماع فى مذهب مالك على تأثيم من

(١) سورة الأنعام الآية ١٣٩ .

وقف على بنيه دون بناته ، أو جعل استحقاق بناته مقيدا بعدم الزواج ، وأن بعضهم جعل ذلك التأثيم علة للإبطال ، وبعضهم لم يجعل التأثيم علة للإبطال ، لأن الفعل قد يصح مع أن النهى يصاحبه ما دام لايؤثر فى ركنه ، وهى مسألة لها موضعها فى أصول الفقه .

والمقصود من هذا السياق فى بحثنا أن نعرف أن بعض الأئمة لما لاحظ فى شروط الواقفين من محاربة المواريث فى ناحية من نواحيها ، كره ذلك الشرط ، وضاق به ذرعا ، وأبطله فى بعض المفهوم من أقواله ، فعلى أى شكل يكون رأيه إذا رأى أحباس هذا الزمان قبل إلغاء الوقف الأهلى ، وجلها أو على الأقل كثير منها تحفز إليه رغبة جامحة فى محاباة بعض الورثة وحرمان غيرهم ، أو حرمانهم جميعا ؟ .

ولاشك أن انحراف كثير من الواقفين هذا الانحراف أوجب التفكير فى وضع حد له ، وقد جاء بذلك القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٩م ، ولكنه لم يعالج الظلم ، بل حمى فقط بعض الورثة .

حماية بعض الورثة ونقد ذلك

١٩٦ — لقد جاء فى قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م حماية بعض الوارثين ، فى القدر الذى منع المالك من التصرف فيه لأجل حق الورثة ، وهو الثلثان ، أما الثلث ، فقد أجيز له أن يقفه كما يشاء ، ولمن شاء لأن الشارع أعطاه حق التصرف فيه بعد وفاته ، فأولى أن يجوز له التصرف المنجَّز بالوقف فى حياته .

والورثة الذين اختصهم القانون بالحماية ، فجعل لهم استحقاقا واجبا ، هم الوالدان الأب والأم ، والزوج والورثة من الذرية ، سواء أكانوا أصحاب فروض أو عصبات ، أو كانوا ذوى أرحام يئول الميراث إليهم بأن لم يكن أحد من أصحاب الفروض النسبيين ، ولا أحد من العصبات ، فإن القانون حماهم أيضا مع أن ميراثهم ليس موضع اتفاق بين الفقهاء أصحاب المذاهب ، فمالك والشافعى لم يحكما بميراثهما ، ومع أنه لم يرد نص قطعى صريح بميراثهم .

وبمقتضى هذا لو كان للشخص ورثة هم أخته الشقيقة ، وأخوه الشقيق ، وقد وقف كل ما يملك على أى جهة فالوقف صحيح ليس لأحد عليه اعتراض كائنا من كان ، وإن كان وارثه بنت بنته ، فإنه يكون الاعتراض فى الثلثين اللذين هما حق ذات الرحم ، مع أن ميراث الأشقاء ثبت بنص القرآن فى قوله تعالى : « **يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد ، وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين ، يبين الله لكم أن تضلوا ، والله بكل شىء عليم** »(١)

فكأن الذين ارتضوا هذه الحماية لبعض الورثة دون الحواشى والأجداد

---

(١) سورة النساء الآية ١٧٦ .

والجدات ، يؤثرن بالحماية من لم يرد نص صريح بتوريثهم فى عبارة قطعية الدلالة ، لاتقبل الجدل ، وكأنهم ليسوا وارثين .

نأخذ ذلك على واضعى هذا القانون من رجال الفقه الإسلامى وقد وجهنا به نقدا شديدا ونشرناه والقانون مشروع ولكن لم نجد سميعا .

١٩٧ ـ وإن الباعث على الاستحقاق الواجب فى الوقف كان يقتضى التعميم لاالتخصيص ، فقد ذكروا فى المذكرة التفسيرية التى اقترنت بالمشروع فى أدواره الأخيرة أن الباعث على شريعة الاستحقاق الواجب ، هو ماأفرط فيه بعض الناس من حرمان بعض الورثة ، كحرمان البنات وإيثار البنين ، فوضعت مواد الإستحقاق الواجب لتمنع ذلك ، ولقد جاء فى المذكرة التفسيرية مانصه :

« ومن الناس من يستولى عليه حب الخير والعمل له ، أو مناصرة بعض الفنون فينخلع عن أمواله عن طريق الوقف لتلك الجمعيات غير مبال بأهله وذريتهم ، ويتركهم عالة يتكففون ، ومن الواقفين من يستأثر به الحب المقرب من زوجه أو بعض ولده ، فيحمله على اختصاصه هو وذريته عن طريق الوقف بجميع أمواله أو بالحظ الأوفر منها ، ويبقى سائر أولاده وذويه من المحرومين تأكل نفوسهم نار الحقد والوضغينة، ولايعلم إلا الله مبلغ مايجره ذلك من المآسى والمصائب ، ومنهم من يبلغ به الغضب مبلغه فى ساعة اضطراب نفسى أو لوشاية واش ، أو لضعف إرادته أمام فريق من الناس ، فيجعل كل ماله أو أكثره وقفا على غير أهله وذويه مع أنهم أحق الناس برحمته ، وأولاهم ببره ، وقد نكون أحوج إلى ماله من غيرهم ، فرغبة فى اجتناب مثل هذه المآسى وأقتداء بالهدى النبوى وعملا بروح الشريعة المحكمة ، ورعاية للنفع العام فى عصر ضعف فيه الوازع الدينى وطغت فيه المؤثرات المختلفة ، ومراعاة لاتساق التشريع ، والمقارنة بين أحكام الوصية والوقف ، رؤى الحد من حرية الواقفين فى هذا السبيل ، ووضح الأحكام الآتية ، وهى أحكام متفقة تمام الاتفاق مع روح الشريعة !! » .

هذه فقرات جاءت فى المذكرة التفسيرية للقانون فى آخر أدواره ، ومنها ترى أن السبب الذى أوجب ذلك الاستحقاق الواجب هو حماية الأسرة من أن تقع فيها العداوة

والبغضاء ، ومنع الملاك أن يفرطوا في غضب ، فيمنعوا ورثتهم من استحقاقهم ، وحماية الورثة من هوى جامح تحت تأثير عاطفة ، أو حب للخير ، واعتبار الوقف في هذا كالوصية لاتطلق الحرية فيه للواقف ، كما لاتطلق الحرية للموصى ، ويقيد فيهما بالثلث لايتجاوزه ، وإن ذلك بلا ريب كان يوجب التعميم ، فيحمى كل وارث سواء أكان من الفروع أم كان من الحواشى لأنهم جميعا ورثة ، بل إن بعض الذين حرموا من هذه الحماية أحق من بعض من أوثروا بها ، إلا إذا كان الذين وضعوا القانون يرون أن ذوى الأرحام أولى بالميراث من الإخوة والأخوات الذين ثبت ميراثهم بنص من القرآن كما تبين فيما تلونا من قرآن كريم .

ثم إن الاتساق القانونى الذى دفعهم لأن يجعلوا الوقف كالوصية كان يتقاضاهم أن يحموا من تصرف الواقف فى الثلثين كل الورثة لافرق بين وارث ووارث ، إلا بما فضل الله سبحانه وتعالى بعضهم على بعض ، لاأن يحموا بعضهم دون بعض ، وإلا كان ذلك اضطرابا قانونيا لااتساق فيه . وتضاربا بين النواحى القانونية لاتنسيق معه ، لأن الوصية تحمى الورثة جميعا من غير فارق بين فروع وأصول وحواش .

١٩٨ — وقد يقول قائل أن الوقف تصرف منجز وصدقة عاجلة ، فإذا تدخلنا لحماية بعض الوارثين بالمنع ، فلابد أن يكون ذلك التدخل فى أضيق دائرة ، ولأمس الحاجة ، فاخترنا من الورثة أقربهم إليه ، وألصقهم به ، وأكثرهم احتياجا .

وإن لذلك القول مقامه لو كانوا يشرعون ميراثا جديدا يتخيرون فيه مايرونه أحق ، ويذرون ماليس جديرا بالاستحقاق ، إذ أنهم اختاروا بعض الورثة ، وتركوا الآخرين ، فإما أن يكون الأساس هو التوريث الشرعى واعتبار الوقف محاربة لذلك التوريث إن لم يكن على مقتضى القسمة الشرعية كالوصية فى بعض أحوالها ، وإما أن يعتبروا الوقف تصرفا منجزا فى الصحة ليس لأحد سبيل على المالك فيه ، فله أن يتصرف فى ماله بسلطانه كما يشاء من غير تدخل أحد ، وإن ذلك يؤدى بلا ريب إلى ألاَّ يتعرضوا لتصرفه فقط ، ويكون الشأن فى الوقف كالشأن فى الهبة على سواء ، وكما أن الشخص له أن يهب فى صحته لمن يشاء ، فكذلك له أن يقف ماله فى صحته على من يشاء ، والفرض الأول يؤدى إلى حماية كل وارث ، وإن فحوى كلامهم أنهم اعتبروا الوقف كالوصية ، ولكنهم أرادوا أن يحموا بعض الورثة ، فاختصوا بالحماية أحد الزوجين والأب والأم ، والفروع الوارثين ، أيا كانت درجة

توريثهم ولم يعتبروا غيرهم ، ولقد سمعنا كلاما في ذلك من بعض المدافعين عن ذلك الجزء من القانون ، فقد قالوا أنهم يريدون حماية الأسرة بمعناها الأخص ، فقصروها على المذكورين ، وكان حقا عليهم وقد اختاروا ذلك ألاَّ يقولوا أنهم ينفذون روح الشريعة ، لأنهم ينفذون قانونا آخر غيرها ، وفوق ذلك هم لم يفسروا الأسرة بالمعنى الأخص ، بل أدخلوا فى الفروع ذوى الأرحام ، وهم من أسرة أخرى غير أسرة المتوفى ، ولكن هكذا فكروا وأرادوا ، وكان ماأرادوا قانونا ولايزال معمولا به .

١٩٩ — وإن قياسهم فى هذا المقام الوقف على الوصية هو فى الواقع قياس غير مستقيم في كل الأحوال ، لأن الوصية تصرف لاتظهر آثاره إلا بعد الوفاة ، أما الوقف ففي جملة أحواله تصرف تظهر آثاره من وقت تمام إنشائه ، ولكنه يأخذ معنى الوصية إذا كان الواقف أولا على النفس ، ثم يكون على من يشاء ، فإن الوقف على النفس لاتخرج فيه ثمرات الملك عن المالك إلا بعد وفاته ، فكان فى حقيقة أمره يؤدى مؤدى الوصية ، وإن لم يكن من ناحية الوضع الفقهى وصية ، ويكون تشبيه هذا النوع من الوقف بالوصية تشبيها سليما وإعطاؤه بعض أحكامها من حيث تقييده بالثلث مسايرة لقياس مستقيم صحيح منتج . وكان ينبغى أن يكون الثلثان للورثة جميعا بلا استثناء .

أما إذا لم يكن الوقف على النفس ، بل كان من أول الأمر على جهة بر أو على غيرها والواقف صحيح سليم الجسم والعقل ، حسن الرأى والتدبير — فإن المشابهة بين الوقف فى هذه الحالة والوصية غير موجودة ، لا فى الوضع الفقهى ، ولا فى المؤدى والمقصد ، إذ الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، والوقف في هذه الصورة تصرف منجز ، ليس فيه معنى الإضافة إلى الموت ، وأن المشابهة بين الوقف فى هذه الحال والهبة أتم ، وكان ينبغى أن تكون الأوقاف التى على هذه الشاكلة تأخذ حكم الهبة ، فإنه لايوجد مبرر من الفقه أو الأخلاق لأن نقيد رجلا صحيحا معافى فى التبرع لجهة من جهات البر على الطريقة التى يراها ، وقفا أو غير وقف لأن كل امرىء حر فيما يملك وليس لأحد عليه من سبيل ما دام تصرفه فى المال لايكون من بعده لافى الحقيقة ولا فى المؤدى ، ولو أنك منعت امرءا من الحبس على جهة بر ، فقد ضيقت واسعا ، ومنعت خيرا ، ومنعت مالكا

من التصرف فى ماله فقيدت الملكية ، أو سلبتها من صاحبها ، وذلك غير سائغ .

ـــ وقد يقول قائل أن ذلك إنما شرعه القانون فى الأوقاف التى تقبل الرجوع . والأوقاف التى تقبل الرجوع هى بمقتضى الرأى الذى اشتق منه حكمها ، وهو رأى أبى حنيفة ـــ لم تخرج عن ملكية الواقف ، فهى على ملكه ، والوقف قد انصب على ناحية واحدة ، وهى المنفعة ، ولايلزم الاستمرار فيها ما دام حيا ، وإذا كانت كذلك فهى فى حكم المال الموروث من بعده من حيث احتسابها فى ضمن تركته ، وضمن ما كان يملك من أموال ثابتة ، فكان لابد أن يحتسب فى ضمن الثلث الذى يسوغ له التبرع به عند وفاته ، وفوق ذلك أن جواز الرجوع المستمر فيه جعل التبرع محتمل الاستمرار ويحتمل الانتهاء مادام حيا ، ولم يتقرر اعتباره متبرعا إلا وقت وفاته ، فأسند التبرع إلى وقت استقراره ، ووقت الاستقرار هو ذلك الوقت الذى لايكون له التبرع إلا بالثلث فكان لابد من التقييد بالثلث ، وكان التشابه حينئذ قويا بين الوقف والوصية .

٢٠٠ ـــ وإن كان ذلك الكلام يستقيم فى جملته ، لأن الوقف اللازم من وقت إنشائه بمقتضى المادة ٢٣ لايدخل فى دائرةالمنع ، ولكن القانون يقيد الأوقاف التى تنشأ بعد العمل به بألاّ تزيد على الثلث إذا كانت على غير أصحاب الاستحقاق الواجب إذا انحصر الإرث فيهم ، أو ما يستحقون من الثلثين إذا كان لغيرهم إرث معهم، ولو كان الوقف على جهة بر وكان ينبغى أن يكون الوقف على جهة البر لازما ، ولكن لم يقرر اللزوم إلا إذا كان الوقف مسجدا أو على مسجد ابتداء ، فإن الوقف فى الصورتين الأخيرتين يكون وقفا لازما ، ويجوز أن يتجاوز الثلثين ، إذ وقف المسجد لايصح أن يفرض أنه مستمر على ملك الواقف ، لأنه خلص لله سبحانه وتعالى من وقت إنشائه .

تقدير الثلث ووقته

٢٠١ — وهنا يرد سؤال نتعرف جوابه من القانون : إذا أراد شخص أن يقف مسجدا أو على مسجد ابتداء أو غيره ، فهل يقدر الموثق مقدار ما يقف من أمواله وينسبه إلى مجموعها ، فإن كان يخرج من الثلث وثقه ، وإن كان لايخرج رفض التوثيق عملا بالمادة الرابعة التى تسوغ له رفض كل توثيق يكون ممنوعا أو باطلا بحكم القانون ، والمادة ٢٤ التى تنص على أنه يجب أن يكون للذرية الوارثة وللوالدين وأحد الزوجين قدر ميراثها فيما زاد على ثلث المال ، إن قلنا ذلك أدى الأمر إلى مفارقتين كبيرتين : الوقف والوصية وهما فى ذاتهما غريبتان :

أولاهما : أنه يعتبر هذا التصرف المنجز الخالص لوجه الله سبحانه وتعالى فى دائرة الثلث ، بينما الشخص قوى صحيح معافى ، مالك لماله ، له فيه حرية التصرف ، فكيف يحتسب مع ذلك تصرفه كالوصية ، وهو مفارق لها من حيث إنه نفذ التصرف فى حقه وهو حى ، ومع ذلك كيف يعطيه حكم الوصية ، أو يشبهه بالوصية ، مع أنه قد زال حقه فى الحياة وهى لاتنفذ إلا بعد الوفاة .

وثانيتهما: أن الثلث يقدر وقت إنشاء الوقف من صحيح قادر سلـ الجسم والعقل ، ومال الله غاد ورائح . وقد يصير ما قدر بالثلث كلا ، و يصير جزءا ضئيلا ، إذا نسب إلى ما أدره الله على الواقف من رزق وخير كثير ، ثم هؤلاء الذين منع التصرف الخيرى المنجز من أجلهم يجوز ألأيستمروا مستحقين للميراث إلى وقت الوفاة ، وبذلك يتبين أننا نكون قد منعنا خيرا لحق غير ثابت ، ومنعنا مالكا من حق التصرف المتقرر له لحق غير متقرر ، بل لم يوجد ما يسوغه ، لأن المسوغ له هو الموت ، إذ الملكية بالميراث ملكية بالخلافة ولا خلافة والمالك حى يرزق ، ليس مريضا مرض الموت ، حتى نقول أن التصرف كان والموت قد بدأ يدب فى الجسم ويسرى فى أجزائه .

وكما يسرى هذا على وقف المسجد وما وقف عليه ، يسرى أيضا بالأولى على الأوقاف الخيرية غير اللازمة فى نظر قانون الوقف وواضعيه ، فإنه إذا أراد مالك أن يقف أرضا زراعية على مستشفى لنذر نذره ، أو لمجرد النفع العام قد قصده . وهو حق على كل ذى مال ، فإنه إذا ذهب إلى الموثق ليوثق وقفه الذى لايصح من غير إشهاد أحصى هذا ماله إحصاء ، وقدر الجزء الذى يسوغ له أن يقفه مع أنه فى صحة تامة وعافية كاملة ، وقد يكون ورثته أبويه ، والموت فى الواقع الجارى بين الناس أقرب إليهما احتمالا منه ، ومع ذلك يضيق فى الخير العام الذى يقصده لحق احتمالى ، وليس احتماله قريبا .

ولذلك لانرى أنه يسوغ للموثق أن يتدخل بحال من الأحوال فى تقدير الثلث وتقييد التصرف عند التوثيق ، وأن النظر إلى تقدير الثلث وكونه تجاوزه أو لم يتجاوزه يكون عند الوفاة ، ولكن يبدو بادى الرأى أمر غريب ، وهو أن تصرفات قد تكون كبيرة ، واستمرت عشرات السنين قد تنقض إن تبين أنها تزيد على الثلث ، وإن كانت وقت الإنشاء دون الثلث بكثير ، فإذا أقام مستشفى على قطعة أرض وقفها ، وحبس مقدارا آخر من مزارعه للإنفاق عليه فى أجور الأطباء ، وغيرهم ، وثمن الدواء ، وغيره . واستمر المستشفى قائما سنين ثم أعسر الرجل بعد يسر ، أو أنسل ذرية لم تكن له من قبل ، وصار المستشفى وما رصده عليه لايخرج من الثلث فإن بعض المستشفى وما وقف عليه يكون للذرية ، وتنقطع تلك الصدقة الجارية التى أنشأها وهو مالك متصرف ، ليس لأحد عليه من سبيل فى ماله ، بل إنه ينقض بناء المستشفى ، ولو كان الوارث من ذريته هو من ذوى الأرحام الذين ربما يرثون القناطير القنطرة من الذهب والفضة عن آبائهم .

وهكذا تهدم بيوت الخير ، وتحبس مصارفها التى رصدها مالك متصرف من غير بناء على أسس فقهية ، ودعائم منطقية .

٢٠٢ — وقد كان الظاهر من عبارة القانون العامة أن ينقض وقف

المسجد ، وما وقف عليه ، ويتجه بعضه إلى الورثة الذين آثرهم القانون بالتضليل ، وحباهم بالإكرام إذا كان الظاهر يؤدى إلى ألاَّتخلص المساجد لله سبحانه ، وأن يكون المسجد سنين للصلاة ، ثم يصير بعد ذلك مزرعة تستغل . وتفلح ، أو أن يكون منزلا يسكن .

ولكن الإنصاف أوجب علينا أن نقرر ما ذكرناه من أن المسجد لاينقض وقفه ، وكذلك ما وقف عليه ، وذلك لأن الوقف اللازم لأيدخل في تقدير الثلث عند الوفاة ، فهو خارج عن أملاك الواقف غير محتسب فيها ، والوقف اللازم بعد القانون كما هو مقرر هو وقف المسجد وما وقف على المسجد ابتداء فهو خارج عن حدود المنع .

وإذا خرج من المنع ، وجاز ولو كان أكثر من الثلث ما دام الواقف كان صحيحا وقت الإنشاء فإن ذلك التفسير يستقيم بالنسبة للمسجد ، ولا يكون فيه مجال للنقض ، وأما غيره فينقض ، ولو كان الوقف مقبرة . فلا حول ولا قوة إلا بالله .

وعلى ذلك كان الوقف اللازم الذى وجد قبله ، ولم يكن ثمة مناقضة للشرع فى هذه الجزئية ولا غرابة ، وكانت المناقضة فى غيره .

ولنا الآن أن ننقل عبارة القانون التي تبين ذلك ، وهى المادة ٢٣ من القانون إذ تقول ضمن ما يحتسب فى الثلث ما نصه :

« وتكون العبرة بقيمة الثلث عند موته ، ويدخل فى تقديره مال الأوقاف التى صدرت منه قبل العمل بهذا القانون وبعده . إلا إذا كانت أوقافا ليس له حق الرجوع فيها » .

فهذا الجزء من المادة ٢٣ صريح فى أن الأوقاف اللازمة قبل القانون ومثلها بحكم الاستنباط ما بعده لاتكون فى نطاق الممنوع ما دامت قد صدرت وهو صحيح معافى ، وليس مريضا مرض الموت ، فلو وقف كل ما يملك وجعله مسجدا أو على المسجد وكان صحيحا عند الوقف ، ثم مات من بعد ذلك خالى الوفاض ، لامال له ، فإنه ليس لأحد عليه من سبيل ،

والقانون بذلك كان مستقيما فى هذا الموضوع .

وإذا كان كذلك يكون ما جاء بالمذكرة التفسيرية فى التعليق على المادة ٢٣ بصيغة العموم غير مستقيم ، وذلك هو قولها :

« وإذا وقف بعد القانون شيئا مما يزيد على ثلث ماله ، وجب عليه أن يجعل الاستحقاق فى هذا الوقف لمن يكون موجودا عند موته من ذريته ووالديه وزوجه أو أزواجه الوارثين ، وأن يوزع الاستحقاق عليهم وفقا لأحكام المواريث فيجعل لكل منهم فى غلة هذا الوقف سهما بقدر نصيبه فى إرث الأعيان الموقوفة لو لم تكن قد وقفت ، وينتقل استحقاق كل منهما لذريته طبقا لأحكام هذا القانون » .

فإن هذه العبارة قد تومىء إلى أن التقدير يكون عند التوثيق ، وذلك غير متفق مع عبارة المادة ، إذ تقول إن التقدير عند الوفاة ، وغير متفق مع المنطق والمعقول .

قوة الاستحقاق الواجب

٢٠٣ — قلنا إن أصحاب الاستحقاق الواجب ليسوا كل الورثة بل بعضهم ، فهم الزوج ، والزوجة أو الزوجات ، والأبوان المباشران ، والذرية الوارثة ، أياً كانت قوة التوريث سواء أكانت الوراثة بالتعصيب أو الفرض أم كانت بالرحم ، وهى آخر درجات التوريث بالقرابة ، والتوريث بها موضع خلاف بين الأئمة ، ولم يحكم بتوريثهم الإمامان مالك والشافعى كما نوهنا ، وقالا إن التوريث لذوى الأرحام زيادة على كتاب الله تعالى ، وإن كان المالكية والشافعية فى القرن الرابع الهجرى قد اختاروا توريثهم لفساد بيت المال ، وصرف الولاة لماله فى غير مصارفه .

ومع أن القانون اعتبر هؤلاء جميعا من أصحاب الاستحقاق الواجب ، فإنه لم يجعلهم جميعا سواء ، بل جعل الذرية الوارثة مستحقة بأشخاصها ، وبفروعها من بعدها ، ولايسوغ للواقف أن يقف على الورثة من الذرية ، ويحرم فروعهم ، أما الزوجان والأبوان فإن استحقاقهم يجوز أن يكون شخصيا ، ويجوز أن يكون لهم ولفروعهم من بعدهم ، ويجوز أن تقيد الزوجة استحقاق زوجها بألاّ يطلقها ، وألاّ يتزوج غيرها وهى فى عصمته .

وعلى ذلك لاتكون قوة الوجوب فى استحقاق هؤلاء واحدة ، إذ منهم من لايكون الاستحقاق له شخصيا ، ومنهم من يجوز أن يكون كذلك ، ومنهم من لايقبل استحقاقه التقييد بالشرط السالب للاستحقاق .

٢٠٤ — وقبل أن نخوض فى بيان ذلك نبين الزوجية الموجبة للاستحقاق الواجب فإنها تشتمل على بعض تفريعات لايوجد مثلها فى غيرها من أصحاب الاستحقاق الواجب .

لقد كان نص القانون بالنسبة للزواج كلمتين جاءتا فى العبارة الآتية :

« يجب أن يكون للوارثين من ذرية الواقف وزوجه أو أزواجه أو والديه الموجودين وقت الوفاة استحقاق فيما زاد على ثلث ماله وفقا لأحكام الميراث » .

فهذا الكلام يستفاد منه أن يكون للمستحقين للميراث بسبب الزوجية استحقاق فى الوقف بنسبة الميراث فى الثلثين ولابد من ملاحظة أمرين ، وراثة وزوجية وهنا يتساءل القارىء ، أيستحق فى الوقف بنسبة الميراث فى الثلثين كل من يستحق الميراث بالزوجية ليرد على الواقف قصد حرمانه من الميراث ، أم لايستحق فى الوقف إلا من يكون زوجا وارثا أو زوجة وارثة وقت الوفاة ، وذلك لأن الميراث بالزوجية أعم فى شموله من أن يكون الوارث زوجا أو زوجة مطلقة ، فإن الميراث بالزوجية يشمل ثلاث أحوال :

(**الحالة الأولى**) أن تكون الزوجية قائمة حقيقية ، بأن يموت أحد الزوجين والزواج الصحيح قائم ، وهذه الحال هى الأصل فى التوريث بالزوجية وغيرها ملحق بها .

(**الثانية**) أن يموت أحد الزوجين ، والعدة قائمة من طلاق رجعى ، فإذا توفى الزوج وهى مطلقة طلاقا رجعيا ، ولم تكن العدة قد انتهت ، ورثت منه ، وكذلك إذا توفيت هى فى أثناء العدة ، وذلك لأن الطلاق الرجعى ما دامت العدة قائمة لايزيل العلاقة الزوجية ، فملك الزوج على زوجته قائم ، أى الحقوق بينهما ثابتة ، ولذلك يسوغ له أن يراجعها بمجرد قوله راجعتك من غير عقد ولا مهر جديدين ، وإذا كانت الحقوق التى تثبت بالزواج لاتزال قائمة ما دامت العدة ، والميراث منها ، فإنه يثبت .

(**الثالثة**) أن تكون معتدة من طلاق بائن ومن مات منهما كان هو الذى باشر سبب الفرقة ، واعتبره الشارع فاراً من الميراث بذلك السبب الذى باشره بأن طلق الزوج زوجته طلاقا بائنا وهو مريض مرض الموت ، وكان طائعا مختارا ، ولم يكن الطلاق برضاها ، وكان سبب الإرث قائما وقت الطلاق ، واستمر إلى الوفاة ، فإن مات والعدة لاتزال قائمة فإنها ترثه ، ليرد عليه قصده ، وكذلك إذا باشرت هى وهى مريضة مرض الموت سببا من أسباب الفرقة بأن ارتدت عن الإسلام ، أو اختارت نفسها بخيار الإفاقة ، بأن كانت وقت الزواج مجنونة أو معتوهة ، وزوجها الولى العاصب غير الأب والجد ، فإنها يكون لها حق الفسخ إذا أفاقت ، فإن فعلت ذلك وهى

مريضة مرض الموت ، وماتت وهى فى العدة ، فإن زوجها يستحق الميراث فيها ، لأنها كانت بصنيعها فارة من الميراث فيرد عليها قصدها .

أما إذا كان الطلاق البائن أو الفرقة التى تشبهه ليس فيها تهمة الفرار من الميراث ، أو كانت التهمة قائمة ، ولكن الموت كان بعد انتهاء عدة الزوجية ، فإنه لاتوارث ، لأن الزواج البائن يزيل الحقوق الزوجية فى الحال إلا ما يتعلق بالعدة ، والميراث فيها إن كانت تهمة فرار ، وإن كان ثمة تهمة وانتهت العدة — فإن العلاقة الزوجية قد انتهت تماما فلا يكون ثمة سبب للتوريث يكون موجودا وقت الوفاة .

هذه خلاصة ما اشتمل عليه قانون الميراث ، وما كان العمل من قديم الزمان فى مصر فى هذا المقام ، قد بيناه ووجهناه ، وثمة خلافات بين الأئمة فى هذا الموضوع ، ليس مكان بيانها هذا البحث .

٢٠٥ — تلك هى الأحوال التى يثبت فيها ميراث بسبب الزوجية ، فهل قانون الوقف حمى الميراث بالزوجية فى هذه الأحوال جميعا وسار وفق قانون الميراث يحمى ما يحميه فى هذا الباب ؟

إن الحالة الأولى والثانية قد اتفق النظر بين الشراح على أن القانون يحميها ، لأن المطلقة رجعيا تثبت لها مع الطلاق حقوق الميراث ، باعتبار أن الزوجية قائمة ، وأن هذا النوع من الطلاق لايزيلها إلا بعد انتهاء العدة .

أما الحالة الثالثة فقد رأى بعض الشراح أن الحماية التى أتت بها المادة ٢٤ لاتشملها ، لأن القانون أتى بحماية ميراث الزوج والزوجة ، والمطلقة بائنا لايطلق عليها اسم الزوجة لحل رابطة الزوجية فى الحال ، فاسم الزوجة زال عنها ، ولو كان المطلق اعتبر فارا بطلاقها إذ إن فرض الميراث لها مع بينونتها لايزيل وصف البينونة ، ولايثبت لها وصف الزوجية ، إنما هو تقرير للاحتياط لحقها ، وليرد قصده عليه .

٢٠٦ — هذه وجهته ، ونحن نميل إلى غير وجهته ، ونرى أن القانون يشملها بحمايته . وأنه يجب أن يفسر على ذلك لما يأتى :

(١) لأن مقصد القانون حماية الزوجة من أن يعاشرها الزوج أمدا طويلا أو قصيرا ثم يذهب به فرط هواه إلى محاولة حرمانها بالوقف على غيرها ، وضياعها من بعده فرد عليه واضع القانون قصده عليه ، وإذا كان ذلك هو المقصد فليس بمعقول أن يقيد إرادته فى الوقف ، ثم يسهل له طريق هدم هذه الحماية ، وذلك بطلاقها وهو مريض مرض الموت فرارا من الميراث ، وخصوصا أن الفقهاء من تلقاء أنفسهم قرروا هذه الحماية ، وبالغوا فى الاحتياط لها ، وإن اختلفوا فى مقدار هذه المبالغة،وإن الميراث الذى قرره الفقهاء لها إنما هو بسبب الزوجية ، فاعتبرت زوجة بحكم الفقه المعمول به ، فصح شمول القانون لها بذلك الاعتبار .

(ب) والمادة ٢٤ التى حمت أصحاب الاستحقاق الواجب قررت أن حقوق الزوجين والوالدين والذرية فى الاستحقاق الواجب فى الثلثين تسير « وفقا لأحكام الميراث » أى على مقتضى ما تقرره الأحكام الفقهية المعمول بها فى الميراث ، فهى تحدد مدى الاستحقاق وسببه ، وشروطه ومانعه ومقداره ، وهذا يقتضى الرجوع إلى أحكام الميراث فيما عساه يكون محتملا فى قانون الوقف ، إذ يكون تعيين معناه فى فقه الميراث ، ونستعين بالميراث لإزالة الاحتمال ، وإن فقه الميراث يعطى مطلقة الفارّ من الميراث حكم الزوجة ويجعل لها ميراث الزوجة بسبب الزوجية التى أراد فصمها ، ليقطع حقها ، فرد الشارع عليه قصده فى الحرمان .

(حـ) وإن المطلقة بائنا لم يطلق لفقهاء عليها اسم الزوجة حقا ولم يعطوها أحكام الزوجة لانقطاع العلاقة الزوجية بمجرد الطلاق الذى صار له هذا الوصف القاطع الفاصل ، ولكنهم مع ذلك أعطوامطلقة الفارّ ميراث الزوجة باسم الزوجية ، وطبقوا عليها تطبيقا كاملا قوله تعالى :« **ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد ، فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ، ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين** »(١) .

(١) سورة النساء الآية ١٢ .

فالقرآن جعل الميراث بعنوان الزوج ، وهو اسم يطلق على كل واحد من الزوجين ، وأدخل الفقهاء فى اسم الزوج من طلقها زوجها فرارا من ميراثها وفسر القرآن ذلك التفسير طائفة كبيرة من الصحابة منهم عثمان وابن مسعود ، وزيد وغيرهم . كان على ذلك الجمهور الأعظم من فقهائهم ، وجاء المجتهدون من بعدهم ففسروا الزوجية والزوج ذلك التفسير ، وارتضاه جمهورهم ، فهل ألفاظ القوانين فى نظر شراحها أقدس من ألفاظ القرآن فى نظر جمهور الصحابة والفقهاء المجتهدين حتى سوغوا إطلاق اسم الزوج الوارد فى القرآن على المطلقة بائنا التى طلقت فرارا من الميراث ، ولايسوغ أولئك الشراح إدخالها فى لفظ الزوج الذى اشتمل عليه القانون — اللهم لا ، إنهم توسعوا فى ذلك التفسير بالنسبة لنصوص القرآن مع شدة تقديسها حتى لايهملوا معناها ، حقا على مفسرى قانون الوقف أن يسلكوا ذلك المسلك . ونحن لانرضى سواه .

٢٠٧ — هذا هو استحقاق أحد الزوجين قد بيناه على النحو الذى نهمناه ، وأن أصحاب الاستحقاق الواجب ليسوا سواء فى نظر القانون ، فالذرية الوارثة استحقاقها يكون لها ولمن بعدها من ذريتها من غير نظر إلى وراثتها ، ويتسلسل فيها حتى ينتهى الوقف فى مداه إن كان قد صدر بعد القانون ، وغير الذرية الوارثة من أهل هذا الاستحقاق يجوز أن يكون استحقاقها شخصيا لمدة حياتهم فقط فإن نص الواقف على ذلك لايسوغ لأحد أن يغير فى إرادته بشرط أن يكون ذلك فى ذريته هو من بعدهم ، ليكون المال إلى ذريته على أى حال كانت ، وارثة أو غير وارثة .

فان لم يوجد شرط للواقف على ذلك النحو كان الاستحقاق لغير الذرية الوارثة وهم الزوجان والوالدان لهم فى مدة حياتهم ، ومن بعدهم لذريتهم هم ، ويستمر فيها ، حتى لاينتهى الوقف إن كان ينتهى ، ولاندرى لماذا لم يكن لورثتهم ، واقتصر على ذريتهم ، ولاتختص به الذرية الوارثة ، بل تشترك فيه الوارثة وغير الوارثة ، ولذلك وما سبقه نوع من البيان والنقد قد نتعرض له فى موضعه من بحثنا ، إن شاء الله تعالى .

٢٠٨ — لقد سوغ القانون إذن للواقف جعل استحقاق أحد الزوجين والأبوين مقصورا عليهما شخصيا مدة حياتهما فى المادة الثامنة بعد العشرين وهذا نصها :

للواقف أن يجعل استحقاق كل من الزوجين والوالدين لمدة حياته ثم يكون بعده لذريته.

ووضح من هذا النص أنه لايسوغ له جعل الاستحقاق شخصيا إلا إذا كان قد جعل الاستحقاق من بعدهم لذريتهم ، لأنه قيد الجواز بذلك ، إذ أن حصره فى جعله من بعدهم لذريته يجعل غير هذه الصورة فى دائرة المنع ، لافى دائرة الجواز .

ولم يقيد استحقاق ذريته فى كونه للوارثين ، أو غير الوارثين ، إذ لفظ ذريته غير مقيد بقيد الوراثة، فيستمر عل إطلاقه إلا إذا اعتبر مقيدا بما جاء فى المادة ٢٤٠ حملا للمطلق على المقيد .

ولكن أهو حق مطلق يعطى بعض ذريته من ذلك الاستحقاق ويمنع من يشاء إذ أنه لابد أن يعطى الجميع ؟ والجواب عن ذلك أن هذا الحق جوازى ، ومن يجوز له أن يعطى الجميع ، يجوز له أن يخص بالعطاء البعض دون البعض إذ ما يكون أساسه الجواز ، ينسحب على الكل وعلى البعض ، وما يملك الكل يملك البعض ، والإطلاق يشمل الجواز المطلق .

ولقد صرحت بذلك لجنة العدل فى مجلس الشيوخ ، فقد جاء فى تقرير لها ما نصه :

« تناقشت اللجنة، فى مدلول المادة ٢٨، وانتهت إلى أن الحكم الجوازى الوارد بالمادة لايتعين أن يكون شاملا لجميع ذرية الواقف ، بل له أن يجعل نصيب أحد الزوجين أو الوالدين لجميع ذريته هو أو لبعضهم ، كما يشاء »

٢٠٩ — وبمقتضى هذه المادة وحصرها جواز جعل الاستحقاق لأحد الزوجين أو الوالدين شخصيا ، ومن بعدهم يكون لذرية الواقف دون

غيرها — يبطل ما إذا اشترط الاستحقاق من بعدهم لغير ذريته . فإذا جعل لزوجه حصة فى الوقف بمقدار ميراثها فى الثلثين، وعلى أن يكون الاستحقاق لها ما دامت على قيد الحياة ، ثم بعدها يكون على جهة بر ، فإن الشرط يكون باطلا ، ويكون لها الاستحقاق مدى الحياة ، ومن بعدها يكون لذريتها ولا يلتفت إلى شرطه ، لأن الجواز مقيد بجعل الاستحقاق بعد المستحق لذريته هو ، فإذا جعله لغيرها ألغى ذلك الشرط ثم ينتهى بنا الأمر إلى فرض آخر غريب ، وهو أنه إذا جعل الاستحقاق لزوجته بمقدار ميراثها المذكور ، ثم من بعد ذلك يكون الاستحقاق لورثتها ، وكان الورثة غير ذريتها كأخ شقيق ، فإن ذلك الشرط ملغى ، ويذهب الاستحقاق لذريتها غير الوارثة ، إن كان لها ذرية كذلك ، وينتهى بنا الأمر إلى أن نقرر أن من غرائب هذا القانون ، أنه فى الوقت الذى كان المقنن حريصا فيه الحرص كله على حماية ورثة ذلك الذى حمى القانون ورثته — وقف القانون ممانعا محاجزا لحماية بعض الورثة ، ولا نرى فى الفكر القانونى تضاربا كذلك التضارب .

— وإنه بتطبيق هذه المادة تطبيقا دقيقا شاملا عاما يثبت أمران :

(**أحدهما**) أن الواقف لو وقف على ذريته كل ما يملك ومات عن أبويه ، وزوجه ، فان الوقف على ذريته يستمر فيها عدا نصيب الأبوين ، وأحد الزوجين فى الثلثين ميراثا ، فإنه يكون الاستحقاق بمقداره لهم . ويستمر ذلك الاستحقاق ما داموا على قيد الحياة ، وينتقل من بعدهما الاستحقاق إلى ذريته هو ، وذلك لأنه قد حرم أولئك الورثة من ميراثهم بغير ما سوغ له القانون وحيث كان منه ما لم يسوغه فإنه ينفذ من وقفه ما يتفق مع القانون . ويحمل على القدر الذى يجوز له . بأن يقف على أولئك ومن بعدهم على ذريته ، فيحمل وقفه على ذلك التصرف السائغ، ويحمل الممنوع على أقرب الصور السائغة ولو أننا أعطينا ذريتهم التى ليست ذريته لكان ذلك إهمالا للمادة ٢٨ .

(**الأمر الثانى**) أن له أن يحرم بعض ذرية الوالدين وأحد الزوجين ،

وأن يبقى للبعض الآخر استحقاقه . لأننا قررنا أن المادة ٢٨ تقرر حقا جوازيا ، ومن يملك بعضه يملك كله ، وقد تأيد بقرار لجنة العدل فى مجلس الشيوخ الذى نقلنا بعضه لك آنفا ، ولكن إذا كان لهؤلاء ذرية هى بعض ذريته أو كلها ، فإنه لايسوغ له حرمانها ، وإبقاء الكل لغيرها والعكس جائز . فإن الواقف إن قصر استحقاق أولئك على أشخاصهم فإن الاستحقاق من بعده يكون لذريته هو دون سواها ، وإن ذكر غيرها يلغى شرطه ، إذ يكون العمل مخالفا لنص المادة ٢٨ وما تضمنته ، إن جعل الاستحقاق من بعدهم لغير ذريته ولا يكون قد استعمل حقه الجوازى فيلغى ، ويبقى الاستحقاق من بعدهم على ذريتهم أجمعين ، وفيهم ذريته .

— وبعد فقد بينا فى هذا البحث ، الاستحقاق الواجب وأهله ، وموضع القانون فى ذلك من ميراث الله الذى شرعه ، وبينا مقدار المال الذى يجب فيه ذلك الاستحقاق وكيف يقدر ، وميقات تقديره ، وناقشنا وجوه النظر المختلفة وأدلينا بنظرنا وسط الأنظار الفاحصة الكاشفة ، وانتهينا إلى بيان مدى هذا الاستحقاق ، وقوته بالنسبة لبعض المستحقين ، ومدى الحرية التى أطلقت للواقف فى ذلك . ونبين إن شاء الله تعالى ، شروط ذلك الاستحقاق ، والحرمان منه ، والله سبحانه وتعالى مالك الملك ذو الجلال والإكرام ، وهو المستعان .

شروط الاستحقاق الواجب

٢١٠ ــ يستفاد من نصوص قانون الوقف أنه يشترط أربعة شروط للاستحقاق الواجب وفرضه فرضا لزوميا بعد وفاة الواقف .

الشرط الأول : ألاَّ يكون الواقف قد أعطى صاحب الاستحقاق الواجب بغير عوض ما يساوى نصيبه عن طريق تصرف آخر ، كالهبة ، ولو لبست لبوس البيع ، وكالوصية . فإن كان ما أعطاه أقل مما يجب له كان له استحقاق فى الوقف بقدر ما نقصه .

الشرط الثانى : ألاَّ يكون ممن كان مستحقا استحقاقا واجبا ما يسوغ الوقف بمقتضى العرف ، والأخلاق الفاضلة أن يحرمه من استحقاقه عقوبة له على ما هو فيه ومجازاة له على ما هو عليه ، وقد ذكر ذلك فى المادة ٢٧ وهذا نصه :

ــ للواقف أن يحرم صاحب الاستحقاق الواجب من كل أو بعض ما يجب له ، وأن يشترط فى وقفه ما يقتضى ذلك ، متى كانت لديه أسباب قوية ، ترى محكمة التصرفات بعد تحقيقها أنها كافية لما ذكر .

الشرط الثالث : ألاَّ يقتل المستحق الواقف ، فإذا قتله قتلا يمنع من الميراث فإن استحقاقه يسقط ، لأن أساس الاستحقاق الواجب هو الميراث ، فالأصل فى صاحبه أن يكون وارثا ، يأخذ استحقاقا بقدر ميراثه فى الثلثين ، فإذا حدث مانع من الميراث كان أيضا مانعا من الاستحقاق ، ويظهر أن الحكم كذلك فى كل موانع الميراث إذا عرضت بعد انتهاء الوقف ، لاالقتل وحده .

الشرط الرابع : أن يرفع المحروم من الاستحقاق الواجب بنص الوقف ــ دعوى يطلب استحقاقه فى مدى سنتين شمسيتين من وقت وفاة الواقف ، فلا يتغير شىء من الاستحقاق إذا لم يرفع المحروم الدعوى بحقه مع التمكن وعدم العذر الشرعى فى خلال سنتين من تاريخ موت الواقف ،

ولذلك لايتغير شيء إذا رضى كتابة بالوقف بعد وفاة الواقف ، وينفذ رضاه بترك بعض حقه ، ولايمس ذلك ما بقى منه .

هذه هى شروط الاستحقاق الواجب كما استخلصت من نصوص القانون وألفاظه الصريحة من غير استنباط ، وقبل أن نخوض فى تفصيل مجملها واستنباط ما تتجه إليه وترمى ، وتشعيب فروعها — نذكر بالإجمال أيضا أمرين يفهمان من النصوص . .

(**أولهما**) أنه إذا حرم الواقف بغير مسوغ أحدا ممن لهم حق واجب فى الوقف بمقتضى القانون المنظم لأحكامه من كل حصته أو بعضها لايبطل الوقف فى حصته فتعود ملكا حرا ، بل إن صفة الوقف لاتزول عنها ، ولكن يكون الاستحقاق الباقى للموقوف عليهم بنسبة حصصهم الواجبة إن كانوا من المستحقين استحقاقا واجبا ، وبنسبة ما وقف عليهم إن كانوا من غير أهل الواجب .

(**الأمر الثانى**) أن الاستحقاق الواجب إذا حرم منه صاحبه بغير مسوغ للحرمان لاينتقل إليه بمجرد الوفاة كما ينتقل الميراث ، من حيث إن الملكية فى الميراث جبرية تثبت بمجرد الوفاة ، ولا تقبل الإسقاط ، بل إنه لايثبت إلا برفع الدعوى والمطالبة بحقه ، ويقبل الإسقاط بالرضا بالواقع كتابة ، أو السكوت عن المطالبة سنتين شمسيتين ، فهو يشبه حق الاعتراض على التصرف ، لأنه يمس حقه الشرعى ولايشبه الملكية بالميراث فى هذا القدر من النظر .

هذا إجمال نعرج عليه بالتفصيل فى كل شرط مما ذكرنا ، مستنبطين المرامى من فقه هذا القانون ما طاوعتنا فى ذلك نصوصه ، محاولين — كشأننا فيما نكتب بعون الله تعالى — أن نكشف عما هو حسن فيه ، وعما لايحسن بقاؤه منه ، ولنبدأ من ذلك بالكلام فى التعويض عن الحصة الواجبة ، وهو ما ذكرنا بالشرط الأول .

التعويض عن الحصة الواجبة

٢١١ ــ لقد نصت المادة (٢٤) على أن الاستحقاق لايجب لمن يكون الواقف قد أعطاه بغير عوض ما يساوى نصيبه ، وإن كان ماأعطاه بغير عوض أقل من نصيبه احتسب ما أعطاه من حصته الواجبة .

فهنا شرطان لوقوع الواجب أو بعضه :

١ــ أن يكون أعطاه ٢ ــ وبغير عوض ، وهنا قد قال بعض الباحثين كلاما هو محل نظر إذا اعتبر الإعطاء أخص من مطلق تبرع فاشترط فى التصرف المسقط للوجوب أن يكون إعطاء مقصودا حرا مختارا فيه ، وألا يكون بعوض قط ، فلو كان بعوض ولو قليلا جدا بالنسبة لما آل إليه لايكون مسقطا للوجوب .

ولكى يتجلى لنا الحق فى الأمر نثير بحثا حول عبارة القانون وهى :

« لايجب هذا الاستحقاق لمن يكون الواقف قد أعطاه بغير عوض ما يساوى نصيبه » أيراد بها أن يصل إلى المستحق استحقاقا واجبا مقدار حقه من غير طريق الوقف من غير أن يدفع فى سبيله مالا ، سواء أكان الواقف قصد الإعطاء أم جاء بغير إرادته ، أم يراد بالعبارة أن يكون قد أعطاه فى تصرف شرعى منسوب إليه منشىء للتبرع ، فلا بد حينئذ أن يكون قد قصد إلى التصرف وأن يكون منسوبا إليه ، وأن يكون خاليا من كل عوض ولو كان قليلا بالنسبة إلى الذى آل اليه .

لاشك أنه ينبعث عند الإجابة عن هذا السؤال فكرتان كلتاهما تحتملها عبارة القانون .

(**الفكرة الأولى**) أن يكون المراد هو ألاَّ يكون الوقف سببا لحرمان المستحق من نصيبه فى الثلثين ، فإذا كان قد وصل حقه ، وكانت العدالة قد تحققت ، وثبت أنه لاظلم يقع عليه ، وتبين أن لاوكس ولاشطط فى الوقف ، فإن الاستحقاق الواجب يسقط ، ولايكون له حق فى المطالبة به ، لأن الغرض هو منع الظلم عنه ، وقد امتنع من قبل بما آل إليه بعطاء حر أو بعطاء غير حر ، أو بما هو فى معنى العطاء مطلقا ، بل إن أعطاه من

الوقف يكون هو الظلم لغيره ، ولا يصح أن يدفعنا الحرص على منع الظلم إلى إنزال الظلم بغيره .

(**الفكرة الثانية**) أن نتقيد في التفسير بحرفية القانون من غير اتجاه إلى المقصد العام منه ، وتحقيق العدالة فيه ، فيفسر الإعطاء بأنه مصدر أعطى يعطى بمعنى ملك ، وذلك يكون بتصرف منسوب إلى الشخص نفسه ، فإذا كان التبرع صادرا عن الواقف بإرادة حرة ، ولكنه يعتبر إجازة لتصرف غيره لا يعد ذلك إعطاء ، وكذلك إذا كان البيع بثمن قليل كالبيع بخمسين جنيها ، والمبيع يساوى ألفا لايعد ذلك إعطاء بغير عوض ، وإلى هذه الفكرة يميل بعض الشراح لقانون الوقف ، كما قلنا ، وإنا نميل إلى الفكرة الأولى ، وكلتا الفكرتين تحتملهما ألفاظ من غير تحميل اللفظ لما لايحتمل وإثقاله بمعان لايحمل ثقلها ، إن هناك فروعا كثيرة تختلف أحكامها باختلاف التفسيرين ، ولنذكر بعضها :

(١) إذا اختلس المستحق استحقاقا واجبا من الوقف ، أو سرق منه ، أو اغتصب ما يساوى نصيبه ميراثا من الثلثين ، وأراد الواقف ألاَّ يبلغ الأمر إلى القضاء مع أن وقائعه لاتقبل الإنكار ، وأخذ بالمثل العربى :« أنفك منك وإن كان أجدع » ولكنه وقد ترك له ما أخذ ، وهو يساوى نصيبه أو أكثر ، ثم وقف ما يملك على غيره ومنهم بقية المستحقين استحقاقا واجبا ، واعتبر ذلك هو العدالة ، وبذلك جمع من بواعث الشفقة وعوامل العدل ، أيكون لهذا المستحق أن يطالب باستحقاقه وقت الإنشاء بالنص عليه أو المطالبة به بعد الوفاة بالغلات .

على الفكرة الثانية التى تفسر الإعطاء بالإعطاء الحر الذى يريده الواقف ويرضاه قبل وقوعه يكون له أن يطالب بحقه استحقاقا واجبا فى الوقف ، وأن يقول إنه حرم ظلما ، وأنه لايوجد مسوغ قانونى لحرمانه وعلى القضاء أن يسايره فى قوله ، فيقضى له إن كان ذلك بعد الوفاة وليس لسائر المستحقين أن يدفعوا بأنه السارق أو المختلس أو المغتصب ، لأن كل ذلك لا يعد تعويضا قانونيا .

وعلى الفكرة الأولى ، وهى التى ترمى إلى تحقيق العدالة التى يقصد إليها واضع القانون ، ولا تضيق عنها ألفاظه ، بل تبرق بنورها من بين ثناياها يسقط نصيب ذلك الذى اختلس أو اغتصب ، أو سرق ما يساوى نصيبه وليس له أن يطالب بإقحام اسمه فى المستحقين وقت إنشاء الوقف ، ولا المطالبة بشىء من الغلات بعد وفاة الواقف ، وحسبه أنه غنم(**أولا**) ما يساوى نصيبه ، (**وثانيا**) أنه نجا بنفسه ، ولم يزج به فى غيابات السجن جزاء ما اقترف من إثم .

ولاشك أن العدالة فى هذه القضية تسوغ حرمانه ، والظلم أن يأخذ من الوقف ، إذ سيأخذ ضعفين مع إعفائه من العقاب ، أما المستقيمون الأبرار ، فيطفف من حصصهم بمقدار ما أخذ ، لأنهم لم يمدوا أيديهم إلى ما ليس لهم حق فيه ، فكان جزاء الأمانة الحرمان ، وجزاء الخيانة الحماية .

إن القوانين تفهم ألفاظها بمقاصد واضعيها لابالعبارة المجردة ، وتفهم تلك الألفاظ على ضوء العدالة الحقيقية التى جاءت القوانين لخدمتها وحمايتها ، ومن البديهيات أننا لو ترددنا فى لفظ قانونى بين تخريجه على ما تقتضيه العدالة والفضيلة ، وتخريجه على عدم العدالة والفضيلة لاخترنا التفسير الذى يحمى العدل والخلق القويم ، بل إننا لو وجدنا اللفظ يحتمل عن قرب ما يناقض العدالة ، وعن بعد ما يحميها لاخترنا البعيد على القريب ، بل إنه لو كان اللفظ فى ظاهره على غير العدالة لأولناه لأجلها ، لتكون القوانين دائما مطية الحق والعدل ، إن علماء المسلمين يقررون أنه إن وجد نص دينى مقطوع بسنده يخالف فى ظاهره بدائه العقول بيقين ، أول الظاهر لتدركه العقول ، وإذا كان ذلك شأن النصوص المقدسة فكيف لاتؤول النصوص التى يضعها البشر .

وفوق ما تقدم فإن ذلك المغتصب أو السارق ، أو المختلس يسوغ للواقف أن يحرمه ، لالأنه وصله مقدار نصيبه فقط ، بل لأن ثمة أسبابا قوية توجب الحرمان ، إذ المادة ٢٧ تصرح بأن للواقف أن يحرم صاحب الاستحقاق الواجب وأن يشرط فى وقفه ما يقتضى ذلك متى كانت لديه

أسباب قوية ترى محكمة التصرفات بعد تحقيقها أنها مسوغة لحرمانه ، أفلا يعد سببا قويا للحرمان أنه اختلس منه ما يساوى نصيبه ، وأن العدالة ألا يأخذ بعد ما اختلس شيئا من وقفه ، وإذا لم يكن ذلك سببا مسوغا للحرمان ، فأى مسوغ أقوى من ذلك ؟ إن الاغتصاب أو الاختلاس فوق أنه جريمة ، وفوق أنه قطع الرحم التى أمر الله بوصلها ، وفوق أنه أكل مال بالباطل قد وصل إلى المغتصب ما قرره له القانون والعدالة ، والخيانة وحدها سبب قوى مسوغ لحرمانه لأن استحقاقه ظلم لاشك فيه .

لهذا كله لانوافق الشارح المذكور على ما ارتأى من أن من اغتصب أو اختلس أو سرق مقدار حصته لايسوغ إسقاط ما أخذه من الاستحقاق فى الوقف .

٢١٢ — (ب) ومن الأمور التى يختلف فيها الحكم باختلاف الفكرتين اللتين ذكرناهما ، ما إذا كان التصرف منسوبا إلى غير الواقف ، ولكن لاينفذ إلا بإجازة الواقف ، وتكون الإجازة تبرعا ، ومثال ذلك إذا أوصى شخص للمستحق استحقاقا واجبا بأكثر من ثلث ماله ، وكان الوارث الوحيد له هو الواقف فأجاز الزيادة ، وكانت تساوى نصيب المستحق استحقاقا واجبا فهل يعد هذا عوضا ؟ ولنضرب مثلا حيًّا : أوصى شخص لابن أخيه بكل ما يملك ، أو تبرع له فى مرض الموت بكل ما يملك ، ووارثه هى ابنته التى هى زوجة ابن الأخ ، فأجازت وصية أبيها أو تبرعه ، ثم وقفت كل ما تملك ، وحرمت زوجها من الاستحقاق فى نظير ما أجازته من وصية أو هبة فى مرض الموت ، فقد اعتبرت هذه الإجازة تبرعا ، ولكن المملك بالوصية أو الهبة هو أبوها المتوفى .

ففى الفكرة التى تفسر ألفاظ القانون تفسيرا حرفيا لايكون ذلك تعويضا قانونيا عن حصة المستحق لأن التصرف منسوب إلى المتوفى وهو الموصى أو الواهب فى مرض الموت ، فلا يعتبر الواقف هو المعطى والمملك بل المملك غيره ، فلا يعتبرهو معطيا ، ولايكون هو الذى تولى التعويض عن الحصة الواجبة ، بل هو رزق ساقه الله إليه ، وإن كان الواقف

له دخل فيه ، وعلى الفكرة العادلة التى تفسر القوانين ، بمقاصدها ، يكون هذا تعويضا كافيا ، قائما مقام الاستحقاق الواجب لهذا الوارث الذى أعطى ذلك العطاء وكون التصرف منسوبا إلى المتوفى لايمنع أن التبرع قد حدث من الواقف وأن إجازته أمر أساسى فى وصول المال إليه ، وإن كان فى الاعتبار الفقهى ليس هو المملك ، لأمور تتعلق بتنسيق الأحكام لالوقائع الأمور ، إذ الواقع أنه تبرع معتبر ، وأن شروط التبرع لازمة له .

٢١٣ — ولكى يكون القارىء على بينة نوضح بعض التوضيح الأصل الفقهى لهذه المسألة .

لقد اختلف الفقهاء فى إجازة الوارث وصية بأكثر من الثلث ، أو تصرف فى مرض الموت أخذ حكم الوصية بأكثر من الثلث ، أهذه الإجازة تعتبر تمليكا من الوارث أم أن التمليك يعد من المتصرف أصلا ، وإن كان فى ذاته لايمضى ولا ينفذ إلا بإجازة من الوارث ، ويلاحظ أنهم جميعا اتفقوا على أن الإجازة تبرع تسرى عليه كل شروط التبرع وأحكام التبرع من كل الوجوه ما عدا بعض الشكليات ، ولنوضح بعض التوضيح موضع الاتفاق :

لقد قال الحنفية أن الإجازة وإن كانت بالنسبة للوارث تبرعا — لايعتبر التمليك منه ، إنما يعتبر التمليك من الموصى ، وذلك سير على أصلهم الثابت عندهم ، وهو أن الوصية بأكثر من الثلث لاتقع باطلة ، بل يتوقف نفاذها على إجازة الورثة ، وذلك لأن الوصية مهما يكن مقدارها تصرف من الموصى فى ملكه ، والأصل فى تصرف الإنسان فى ملكه النفاذ ، لصدور التصرف من أصله مضافا إلى محله ، وإنما امتنع النفاذ فى الزائد على الثلث لحق الورثة ، إذ وقت تنفيذ الوصية يتعلق حقهم بالثلثين ، فإذا أجازوا فقد زال المانع ، وبقى السبب المنشىء للملكية ، وهو التصرف الصادر عن الموصى . فليست الإجازة عندهم منشئة للحق حتى يستند التمليك إلى الوارث ، بل الإجازة منفذة للحق من صاحب الحق فيها ، وإنشاؤه كان بالعبارة المنشئة للوصية ، وبعبارة أدق كانت الإجازة إزالة

للمانع الذى منع إعمال السبب ، وهو حق الوارث .

وقال الشافعية إن الإجازة إن وقعت يكون التمليك من جانب الوارث ، ولذلك لابد لتمامها من القبض وقبول الموصى له من بعدها ، وذلك الكلام قائم على أصل ثابت عند الشافعية ، وهو أن الوصية بما زاد على الثلث باطلة ، والإجازة لاتمضيها بل توجد تمليكا مبتدأ ، فإجازة الوارث تمليك مبتدأ ، وقوى ذلك أن الإجازة أخذت أحكام التبرعات ، وشروطها .

ولاشك أن قانون الوصية يتجه إلى المذهب الحنفى ، لأنه لم يعتبر الوصية بأكثر من الثلث باطلة ، بل صحيحة متوقفة على الإجازة ، ولم يشترط لتمام الإجازة القبض ، ولم يشترط فى الإجازة الرسمية ، ولو كانت تمليكا مبتدأ لكانت هبة من الورثة ، والقانون المدنى قد اشترط فى الهبات أن تكون بعقد رسمى .

هذا موضع الاختلاف ، أما موضع الاتفاق بين الحنفية وغيرهم ، فهو أن الإجازة تبرع خالص ، ولذلك لاتكون إلا من كامل الأهلية البالغ العاقل الرشيد ، ولا تجوز مطلقا من الولى المالى على فاقد الأهلية أو قاصرها أو المحجور عليه ، لأن الأولياء والأوصياء ممنوعون من التبرع ، والتصرف المشتمل عليه إذا صدر عنهم يكون باطلا ، إذ التبرع ضرر محض ، والتصرفات التى تكون ضررا محضا تكون باطلة منهم .

ومن مواضع الاتفاق أيضا أن الوريث المجيز إذا كانت الإجازة وهو مريض مرض الموت لاتنفذ إلا فى الثلث ، وإذا زاد عليه توقف النفاذ فى الجزء الزائد على إجازة ورثته .

٢١٤ — هذا هو الأصل الفقهى لهذه المسألة ، وبعد بيانه بقدر المقام يسأل القارىء أى الطريقتين أهدى سبيلا ، أنضيق ألفاظ القانون ، حتى تكون ضاوية لاتجرى فيها عناصر القوة التى تستمد من وقائع الحياة ، أم نلبسها لباسا من الحياة والقوة ، فتتسع لوقائع الأمور ، وتتجه إلى معانى

الأشياء ، وعلى الأول إذا أجاز الواقف وصية لايعتبر مقدار ما أجازه من التعويض الذى يسقط الوجوب فى الاستحقاق الواجب وعلى الثانى يعتبر ذلك من التعويض .

إن الفقهاء الذين قرروا أن التمليك فى الإجازة يعتبر من الموصى لامن المجيز قصروا آثار ذلك على شيء واحد فقط ، وهو اشتراط القبض والقبول من الموصى له بعد الإجازة ، فلم يشترطوهما ، وذلك أمر شكلي بالنسبة لمعنى الإجازة ، وليس أمرا موضوعيا ، بل إن الناحية الموضوعية تسير على أساس أن المملك فى المعنى والواقع هو المجيز ، بل إن الأحكام تضيف المال الذى عد موضع الإجازة إلى أموال المجيز بدليل أنه يحتسب من ثلث ماله إذا كانت الإجازة فى مرض الموت ، وبدليل أن الولى لايسوغ له أن يجيز إذا كان الوارث محجورا عليه ، لأنه يعد تبرعا من ماله ... وهكذا ..

وإذن يكون إسناد التمليك للموصى من قبيل الأشكال الفقهية لعقد الوصية، والإجازة كما يقول القانونيون من قبيل الأحكام الموضوعية ، إذ الأحكام كلها تتجه إلى اعتبار المملك الحقيقى هو المجيز .

٢١٥ — ومن التوجيه الفقهى يتبين أن الذين ضيقوا ألفاظ القانون ذلك التضييق ضيقوا أيضا المعانى الفقهية ، واستمسكوا بصياغتها كما يعبر القانونيون ، ولم يستمسكوا بلب أحكامها ، ومعانى تصرفاتها .

وعلى ذلك نرى أن الطريق الأمثل والأهدى فى المنطق ، وتوجيه القانون ناحية العدل الحقيقى الذى حاول أن يحمي به الميراث بالنسبة لبعض الوارثين هو أن تحتسب الإجازة من التعويض الذى يسقط الوجوب فى الاستحقاق الواجب ، لأن المال موضع الإجازة يلحق فى الأحكام بأموال المجيز ، وتعتبر الإجازة فى الجملة إخراجا للمال من هذه الملكية ، بدليل أنها احتسبت من الثلث إذا كان المجيز مريضا مرض الموت ، فإن كان حق الورثة يتعلق بأمواله ، فتعلق ذلك بما هو موضع الإجازة دليل على أنه من أمواله ، وتكون الإجازة مخرجة لهذا المال من ملكه ، ويكون فى المعنى هو المملك ، وإن كان فى الشكل قد نسب التمليك لغيره ، وتكون العدالة

الحقيقية فى أن يحتسب ذلك من التعويض .

ومن الأمور التى يختلف فيها الحكم باختلاف تفسير معنى التعويض ضيقا واتساعا إذا كان العطاء بعوض ، ولكن العوض غير مساو للبدل كأن يبيعه مائة فدان بسعر الفدان مائة وهو يساوى مائتين ، أو يهبه بعوض مشروط وكان العوض دون الموهوب فى القيمة ، فالذين ضيقوا معانى ألفاظ القانون لم يعتبروا ذلك العطاء الخفى تعويضا عن الاستحقاق الواجب مسقطا له لأن لفظ القانون يشترط فى العطاء المسقط للوجوب أن يكون بغير عوض ، فكل عوض ولو كان قليلا جدا يفقد العطاء به شرطه فلا يسقط الاستحقاق الواجب به إذا كان ذلك البيع وهو صحيح — أما إذا كان البيع وهو مريض مرض الموت ، فإنه يحتسب المحاباة من الاستحقاق الواجب ، ويسقط ما يقابله ، وعلة التفرقة أن المحاباة فى المبيع لاتعتبر هبة فى الصحة ، ولذلك لاتغير البيع من وصف البيع إلى وصف الهبة فى بعض أجزائه ، فلا تزيل اللزوم ولايشترط القبض ، وأما المحاباة فى مرض الموت فتعلق حق الوارث بالمال يجعلها تأخذ حكم الهبة ، ثم الهبة تأخذ حكم الوصية ، ويكون للورثة الحق فى الإجازة ، ويسير هذا القول فى مسار ذلك الفقه ، فهو يعتبر التصرف بيعا إن كان فى الصحة ، فلا يسقط به الاستحقاق الواجب ، ويعتبر المحاباة هبة إن كانت فى المرض لتسقط الوجوب فى الاستحقاق الواجب .

هذا مسلك الذين ضيقوا معانى التعويض — أما الذين يوسعون معانيه (والألفاظ عندهم تقبل تلك السعة) فإنهم يعتبرون كل محاباة واضحة ثابتة — من التعويض عن الاستحقاق الواجب ، تحقيقا لمعنى العدالة التى قصد إليها القانون فى الورثة الذين حمى استحقاقهم ، ولأن المحاباة تعتبر تبرعا ، وإن لبست لبوس البيع وسارت فى مساره ، وأعطتها الصياغة الفقهية شكل البيع ووصفه من حيث الصورة ، على أن لذلك تفصيلا وبيانا نتصدى له تجلية للمقام .

فقبل أن نبين أى الطريقين أهدى سبيلا نشير إلى قول الفقهاء فى البيع المشتمل على محاباة واضحة . ثم نشير إلى حكم القانون فى مثل هذه البيوع :

إن البيع بغبن فاحش قد اتفق الفقهاء على أن فيه محاباة ، وأنه تبرع من بعض نواحيه ، واتفقوا على أنه يكون غير صالح فى مال القاصر ومال الواقف ، وأموال بيت المال ، وفى أموال المدين المستغرق بالدين الذى جرى عليه واتفقوا أيضا على أن بيع المريض فى مرض الموت تأخذه المحاباة فيه حكم الوصية ، أى أنها تتوقف على إجازة الورثة ، إذا كانت تتجاوز الثلث ، كما قرر فقهاء الحنفية أن بيع المريض لبعض ورثته ولو كان يسيرا يتوقف على إجازة الورثة ، وقرر أبو حنيفة أن البيع يتوقف على إجازتهم ولو كان بمثل القيمة مادام المشترى وارثا ، وقال الصاحبان إن البيع إجازة إذا لم يكن فيه غبن مطلقا .

أما إذا كان البائع صحيحا غير محجور عليه ، فقد اختلفوا فى لزوم البيع إن باع بغبن فاحش ، فظاهر الرواية أن البيع يكون لازما مطلقا ، ولم يذكر تفصيلا لأن التراضى قد تم على هذا الأساس ، وجانب المحاباة لايلتفت إليه مادام برضاه ، ولايغير وصف البيع ، لأنه عقد أساس البيع ، فلا تغير المحاباة وصفه ، ولا يتجزأ الوصف ، فيكون هبة فى بعضه ، وبيعا فى بعضه ، لأنه يكون صفقتين فى صفقة وذلك منهى عنه ، فللتحرر من ذلك أعطوه وصفا واحدا هو الذى يدل عليه ظاهر العبارة ومادة العقد وما اتصف به من مظاهر مادية واضحة ، يأخذ أحكام ذلك الوصف من غير نظر إلى ما سواه .

وقد جاء فى غير ظاهر الرواية أن البيع إذا كان فيه غبن فاحش لايكون بيعا لازما ، لتحقق المحاباة فيه ، ولأن الرضا فيه لايمكن أن يكون على أساس الغبن ، وإن كان على أساسه فقد تضمن الهبة ، فيكون للمغبون حق الفسخ .

وهناك قول بالتفصيل ، وهو أنه إذا كان الغبن قد صاحبه تغرير ، فإن المغبون يكون له حق الفسخ ليتم الرضا على أساس صحيح .

٢١٦ — وكيفما كان اختلاف الفقهاء فهنا حقيقتان مقررتان :

(**إحداهما**) أن البيع الذى لايكون فيه المبيع متناسبا فى القيمة مع الثمن — فيه محاباة فى كل صوره ، ومن أجلها كان البيع غير صحيح إذا كان المبيع مالا لمن لا يصح التبرع من ماله ، وهم القاصرون والأوقاف وبيت المال ، والمدينون بديون مستغرقة حجر عليهم لأدائها ، وأن المريض مرض الموت إذا حابى فى بيعه كان تبرعه فى المال فى حكم الوصية ، فيتوقف الزائد على ثلث ماله على إجازة الورثة من حيث إن كان تبرع بالهبة أو بغيرها يأخذ حكم الوصية فى نهايته .

(**والحقيقة الثانية**) أنه مع اشتماله على حقيقة التبرع — وصف البيع ملازم له لايفترق عنه ، ولافرق فى ذلك بين كونه فى مرض الموت وكونه فى حال الصحة ، بدليل أن المريض مرض الموت إذا باع ليس له أن يرجع فى بيعه ، وأن البيع يتم من غير حاجة إلى القابض ، فلو باع بعض ماله وكان فيه محاباة للمشترى بأى مقدار كان ، فإن البيع ينعقد من غير حاجة إلى القابض ، فإذا مات بعد ذلك فليس للورثة أن يدعوا أن العقد لم يتم ، لأن فيه تبرعا ، والتقابض لم يتم ، بل لهم فقط أن يطالبوا المشترى بأن يدفع من المحاباة مايزيد على ثلث التركة إن كان فى المحاباة زيادة على الثلث ، ولو كانت المحاباة تأخذ حكم الهبة كما زعم بعض الكتاب لكان لهم أن يدعوا عدم تمام البيع وبطلانه كما لو وهب شخص عينا ثم مات قبل القبض ، فإن الهبة تبطل ولو كانت المحاباة دون ثلث التركة ، وبهذا يتبين أن محاباة المريض مرض الموت لم تأخذ الوصف العام للهبة وإن توقفت فى بعض أحوالها على إجازة الورثة ، إنما التصرف أخذ وصف البيع دائما ، وإن كان للورثة الاعتراض .

وننتهى من هذا التحقيق الفقهى إلى أنه ليس من الدقة أن يقال أن الفقهاء أعطوا محاباة المريض فى بيعه وصف الهبة ، وأعطوا محاباة الصحيح فى بيعه وصف البيع ، بل إن الفقهاء ساروا على فكر واحد مطرد لايختلف فى حال عن حال ، وهو أن البيع بالمحاباة بيع ، وفيه تبرع ، ولكن غلبوا

جانب البيع لكيلا تكون صفقتان فى صفقة ، وإن كان التبرع مستمرا فيه ، وهو حقيقة ثابتة لاتقبل النكران ، وأقصى ما كان من فرق بين المريض والصحيح أن المريض قد تعلق حق الورثة بمالية التركة وقيمتها ، فكان غير حر فى التبرع منها إلا بالثلث ، وأما الصحيح فإن ماله لم يتعلق به أحد فيتصرف فيه بما يشاء من غير قيد يقيده مادام بالغا عاقلا رشيدا .

وإذا كان معنى التبرع قائما لاشك فيه ، فإذا حابى الواقف أحد المستحقين استحقاقا واجبا فى بيع فإن العدالة ومنطق القانون ومقصده توجب احتسابها من حصته الواجبة ، لتكون معاملة المستحقين واجبا على قسطاس مستقيم .

حرمان القاتل من الاستحقاق فى الوقف

٢١٧ ـــ نصت المادة (٢٦) من قانون الوقف ، على أنه يحرم المستحق من استحقاقه فى الوقف إذا قتل الواقف قتلا يمنع من الميراث ، وكان النص على ذلك نصا عاما ، سواء أكان القاتل مستحقا استحقاقا واجبا ، أم كان مستحقا استحقاقا غير واجب ، فإذا وقف شخص كل ما يملك على شخص ، وليس له من يستحق استحقاقا واجبا مطلقا ، فقتل ذلك الشخص الواقف قتلا يمنع من الميراث ، فإن ذلك القاتل لايستحق فى الوقف ، ويئول الاستحقاق لمن بعده ، ولو كان ذرية ذلك القاتل لأنها تدخل فى الاستحقاق بنص الواقف عليها ، ولا تزر وازرة وزر أخرى ، فلا يتعدى السبب الموجب للحرمان من الاستحقاق ـــ إليها ، لأنها ما جنت وما كان منها ما أوجب حرمانها من حقها .

وحرمان القاتل من الاستحقاق فى الوقف بذلك الشكل أمر جديد أتى به قانون الوقف ، ولم نجد فيه نصا لافى أمهات المذهب الحنفى ، ولا فى الواقعات والفتاوى ، ولذلك وقع فى أنفسنا أنه ليس فى المذهب الحنفى منع الاستحقاق فى الوقف بسبب قتل المستحق للواقف قتلا يمنع من الميراث ، وليس من المعقول أنه نحو اثنى عشر قرنا لم يقتل مستحق واقفا ، ولم يستفت مفت فى ذلك ، وكان من حق الباحث حينئذ أن ينفى أن المذهب الحنفى يقضى بمنع استحقاق المستحق لقتله الواقف .

٢١٨ ـــ ولكن مع هذا وجدنا فى المذكرة التفسيرية التى اقترنت بقانون الوقف فى آخر أدواره النص الآتى: « وحرمان القاتل من الاستحقاق فى الوقف ظاهر مذهب الحنيفة ، وإن لم يصرحوا به ، فقد قالوا إن الوقف والوصية أخوان ، وأن الوقف يستقى أحكامه من الوصية ، وقرروا أن القتل يقتضى الحرمان من الوصية » .

هذا نص المذكرة التفسيرية ، ووجدنا أنها تصرح بأن ذلك ظاهر المذهب الحنفى ، ثم ذكرت أنه الظاهر بالقياس ، بأن قاست الوقف على

الوصية ، ولم نجد هذه المقايسة فى أحكام القتل قط لأحد من أئمة المذاهب ، ولا من المجتهدين فيه ، ولا المخرجين لأحكامه ، ولا المفتين الذين ابتلوا باستخراج أحكام الوقائع بالتخريج على أقوال السابقين ، ثم لم نجدها بينت علة القياس فى تلك الجزئية حتى يمكن التسليم بأن ذلك هو ظاهر المذهب الحنفى .

وقد رجعنا لفتح ذلك المغلق إلى شرح قانون الوقف لقاض كبير كان له عمل واضح ، ففيه :« وحرمان القاتل من الاستحقاق فى وقف من قتله مأخوذ من أقوال فقهاء الحنفية ، وإن كنا لانعرف حتى الآن أحدا منهم قد عرض بشىء ما لهذا الموضوع بخصوصه ، فإنهم قد قرروا أن الوصية لاتجوز لقاتل الموصى ، كانت الوصية له بالأعيان ، أو المنافع ، وقرروا أن الاستحقاق فى الوقف وصية بالمنافع وبالغلات وأجروا على الاستحقاق فى الوقف أكثر أحكام الوصية ، بل إن أحكام الاستحقاق فى الوقف يكاد يكون مصدرها الوحيد هو أحكام الوصية والتفريع عليها ، وقرروا فى صراحة أن الواقف فى هذا يستقى أحكامه من الوصية ، ومن هذا يخرج أن الموقوف عليه موصى له بالمنفعة والغلة فإذا قتل االواقف كان ذلك قتلا من الموصى له للموصى ، فلا تجوز الوصية له رضى بذلك المقتول أو ولى دمه أو لم يرضوا » .

٢١٩ ــ ذلك ما جاء فى المذكرة التفسيرية ، وهذا نص ذلك الشارح الكبير ومع تقديرنا العظيم للمذكرة التفسيرية وكاتبيها ، وللشرح وشارحه نخالفهم فى أن ذلك الرأى من مذهب الحنفية ، وفى الواقع أنهم متفقون معنا أنه لانص فى ذلك المذهب الذى اتسعت الفتيا فيه ، حتى شملت ما وقع من الأحداث وما يقع فقدروا غير الواقع واقعا وأفتوا فيه ، وموضع الخلاف هو القياس ، واعتبار ذلك القياس جليا ، حتى كأنه النص لاشك فيه ، واعتبار الاستحقاق فى الوقف وصية واعتبار الواقف موصيا ، والموقوف عليه موصى له .

هذا موضع الخلاف ، فإننا لانعتبر ذلك القياس جليا يغنى غناء النص

ولا نعتبر الواقف على منطق المذهب الحنفى موصيا ، ولا الموقوف عليه موصى له على مقتضى ذلك المذهب .

٢٢٠ ـــ إن الوصية تختلف فى حقيقتها عن الوقف اختلافا واضحا ، وتفترق منه افتراقا بينا فى أثرها ، ولذلك الاختلاف أثره فى حكم قتل المستحق للوقف . وإنهما اتحدا فى بعض الأحكام ، كالشروط وتفسيرها ، فذلك الاتحاد ليس موجبا للاتحاد فى حكم القتل ، إذ ليس له تأثير فيه ، ولنذكر بعض أوجه الاختلاف والاتفاق بالإجمال :

(أ) إن الوقف تصرف منجز عند الحنفية والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، والوقف إن أضيف إلى ما بعد الموت كان وصية فى شكله ووقفا فى نتيجته وغايته ، كالوصية بمنافع عين لمن لايحصون فقد أعطاها الفقهاء حكم الوقف فى النهاية ، ولذا نص الفقهاء على وجوب أن يكون لجهة بر فى نهايته ليستقيم وقفا ويسير على مقتضى الوقف ، فالصيغة تكون وصية ، والنتجية تكون وقفا ، وفى النتيجة تختلف الأحكام .

(ب) إن الوقف يقتضى خروج العين من ملك الواقف بمجرد تمامه عند الحنفية ، أما الوصية فإن العين أو الشىء الموصى به يستمر على ملك الواقف إلى أن يموت ، فليس للموصى له أى حق فى الوصية قبل موت الموصى ، أما الوقف فحق المستحق يتعلق به بمجرد تمام الوقف .

(حـ) إن الوقف فى المذهب الحنفى تصرف لازم غير قابل للنقض ، أما الوصية فإنها تصرف غير لازم .

(د) إن الحق فى الوصية كالحق فى الميراث ينشأ بالخلافة ، لأن الموصى له والوارث يخلفان المالك فى ملكه ، بيد أن الوصية خلافة اختيارية والميراث خلافة إجبارية ، بينما الحقوق فى الوقف عند الحنفية تنشأ والواقف حى ،ولا خلافة فيه .

هذه أمور الافتراق ، وهى تباعد ما بين الوقف والوصية بالنسبة للقتل المبطل للوصية على مقتضى مذهب أبى يوسف أو الاستدانة ، فإن

المعمول به فى قانون الوصية لأن إبطال الوصية بقتل الموصى له للموصى كان لأن حقه يثبت بوفاة الموصى ، فهو قد تعجل أمرا قبل أوانه فعوقب بحرمانه ، وذلك لا يكون فى الوقف ، لأن الاستحقاق قد يكون والواقف حى يرزق ، ولأن الموصى له يأخذ عن الموصى بخلافته ، وبالقتل لايستحق بالخلافة عنه اللهم إلا إذا كان استحقاق المستحق مشروطا بموت الواقف ، وهكذا نجد أوجه الخلاف أوصافا مؤثرة مانعة القياس ، لامسوغة له ، ولامبررة حتى يقال أن ذلك ظاهر قول الحنفية ، وأن القياس جلى حتى صار كالنص .

هذه أمور الاختلاف بين التصرفين ، أما أمور الاتفاق فهو بالنسبة للشروط التى يشترطها الواقفون ، فهى متلاقية فى جملتها مع الشروط التى يشترطها الموصون وإن كانت شروط الواقفين فى الوقف أضيق فى بعض النواحى ، لأن الشروط المنافية للتأبيد مبطلة للوقف أو ملغاة ، بينما هى فى الوصية محترمة ، وذلك لاختلاف الحقيقتين وتباينهما .

٢٢١ — ولقد سلك الفقهاء فى تفسير شروط الواقفين ما سلكه السابقون من الأئمة وتلاميذهم فى تفسير شروط الموصين ، وذلك لأنه عرف عن الأئمة وتلاميذهم كلام مفصل فى تفسير شروط الموصين ، ففرعوا فيها الفروع وضربوا الأمثال ، وأكثروا من التفسير والتخريج فيها ، بينما لم يؤثر عنهم كلام كثير فى تفسير شروط الواقفين ، فاستقوا الكلام فى هذا الموضع من الوقف من الكلام فى مثله من الوصية ، وليس معنى ذلك أن كل الأحكام أو أكثرها فى الوقف مستقاة من أحكام الوصية ، فإن الأحكام الرئيسية للوقف التى تميز خواصه وهى ثمرة حقيقته مباينة تمام التباين لأحكام الوصية كالتباين بين الوقف والوصية فى حقيقتهما .

وإن الاتحاد فى تفسير ألفاظ الواقفين والموصين بالنسبة للشروط لايقتضى الاتحاد بين حكم القتل حتى يتكون من ذلك قياس ، إن الوصف الذى يتحد فيه المقيس والمقيس عليه يجب أن يكون مؤثرا ، بأن تكون ثمة مناسبة بينه وبين الحكم فى الجملة ، فالإسكار علة فى التحريم لأنه

الوصف المؤثر المسوغ للتحريم ، والاتحاد فى تفسير الشروط ليس هو الوصف المؤثر فى الحكم ببطلان الوصية للقاتل .

وإن النتيجة التى يقررها الشارح الكبير من أن الوقف وصية بالمنفعة لايستقيم بحال من الأحوال على عموم الوقف فى المذهب الحنفى ، لأوجه الاختلاف التى بيناها ، وخصوصا ماذكرنا من أن الوقف يخرج فيه الموقوف من ملك الواقف بتمام إنشائه ، والوصية فى كل صورها لايخرج موضوعها من ملك الموصى إلا بالوفاة .

إن هناك صورة واحدة من صور الوقف هى التى تتفق مع الوصية بالمنافع وهى الوقف الذى يجيء فى شكل وصية كما ذكرنا إذا كان بالمنافع على التأبيد لمن لايحصون ، ولقد قال ابن عابدين فى هذا الوقف أنه الوقف الذى ينشأ بالضرورة وإليك ما قاله ، فهذا نص كلامه :

« يثبت الوقف بالضرورة ، وصورته أن يوصى بغلة هذه الدار للمساكين أبدا ، أو لفلان وبعده للمساكين أبدا ، فإن الدار تصير وقفا بالضرورة ، والوجه أنها كقوله إذا مت وقفت دارى على كذا . وذكر فى البحر منها أنه لوقال اشتروا من غلة دارى هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزا ، وفرقوه على المساكين ، صارت الدار وقفا ، وعزاه فى الذخيرة — وبسطه فى أنفع الوسائل : وقال : لاأعلم فى المسألة خلافا بين الأصحاب » .

إذا كان ذلك النحو من الوصايا وقفا ، فقد اشترط الحنفية لتكون له خواص الوقف مايشترط لصحة الوقف عندهم ، وهو أن يكون على جهة بر ، وأن يكون الموقوف عقارا ، وعلى ذلك لايصح هذا النوع من الوصايا الذى يكون وقفا بالضرورة إذا كان الموقوف منقولا ، فقد جاء فى الدر المختار ما نصه :

« لو أوصى بظهر مركبة فى سبيل الله بطلت الوصية لأن وقف المنقول باطل » .

٢٢٢ ــ هذا تحرير العلاقة بين الوصية والوقف ذكرناها بإجمال . وهى لاتسوغ أن نأخذ كل حكم فى الوصية ونضعه فى الوقف إن كان ذلك مشتقا من خواص الوصية التى تفترق بها عن الوقف ، ولهذا نقول أن الظاهر أن المذهب الحنفى لايبطل استحقاق الموقوف عليه إذا قتل الواقف ، وليس الظاهر الإبطال ، ومن كان معه نص فليقدمه ونحن نخر له صاغرين ، راضين مذعنين شاكرين ، أما القياس فلا .

وأخيرا نقول أن القانون فى مضمون أحكامه يعتبر ذلك الحكم جديدا لم يكن مقررا قبل ، ولذلك نص على أنه لايطبق على الأوقاف الماضية إذا كان قد وقع القتل قبل العمل بهذا القانون ، فقد جاء فى الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ مانصه :

« ولاتطبق أحكام المادة ٢٦ إذا وقع القتل قبل العمل بهذا القانون » .

ولو كان المذهب الحنفى يعتبر القتل مانعا للاستحقاق لكان مضمون القانون مطبقا من غير حاجة إلى استثناء . ولم يكن تطبيقه على القتل الواقع قبل القانون تطبيقا له على الماضى بل يكون تقريرا للأحكام المطبقة من قبله ، ولكان الاستثناء من غير باعث ولا داع ، إنما الاستثناء لكيلا ينزع حق من صاحبه ــ وقد تقرر تحت ظل قانون مخالف ، فلا يرجع على الحوادث السابقة عليه بالنقض .

ولسنا فى ذلك ننتقد القانون ، بل إننا نرى القانون أتى فى هذا بأمر حسن مقبول معقول ، يتفق فى جملة أحكامه مع الشريعة فى روحها ومع قانون الوقف وهو الذى قارب فى بعض أحكامه بين الوقف والوصية ، لاالمذهب الحنفى ، والله ولى التوفيق .

والقتل المانع من الاستحقاق هو قتل الواقف فقط ، أما إذا قتل المستحق من يتلقى عنه الاستحقاق فإنه ليس بمانع من استحقاق القاتل ، ولقد وجد إتجاه فى مجلس الشيوخ ، يرمى إلى حرمان القاتل فى هذه الحال وهو اتجاه سليم وخصوصا بالنسبة للاستحقاق الواجب ، لأن الاستحقاق الواجب يتلقى

المستحق من الذرية عن أصله باعتباره وارثا له حمى القانون ميراث أصله وميراثه ، فكان ينبغى أن يتقيد الاستحقاق بالخلو من موانع الإرث كلها ، لا القتل وحده ، وخصوصا أن القانون فرض لهم الحق لازما ، ولو نص الوقف على خلافه لم يلتفت إليه — فهم بهذا الاعتبار لا يتلقون استحقاقهم من الوقف ، بل يتلقونه عن أصلهم وخصوصا أنه إذا كان أصلهم هو الطبقة الثانية من الوقف ، فإنه إذا آلت اليهم أعيان الوقف تكون ملكا خالصا بحكم الميراث تقريبا ، ولكن هذه الفكرة لاقت معارضة من الشرعيين ، لأن النص الفقهى أعوزهم ، وكأنهم فى كل ما أتوا من أحكام اعتمدوا على نصوص فقهية صريحة ، ولم يعتمدوا على الأقيسة الصحيحة وغير الصحيحة ، وكان غريبا أن يحمى القانون حق الذرية ، وإن لم ينص عليه ، ولايحمى القانون ذلك الأصل إذا قتله أحد ذريته ، بل يعطيه جبرا عن الواقف ، وإن كان فى إعطائه نصرة للرذيلة والإثم والعدوان .

٢٢٣ — وقتل الواقف المانع من الاستحقاق هو القتل المانع من الميراث ، والقتل المانع من الميراث هو القتل والعدوان سواء أكان القاتل فاعلا أصليا منفردا أم كان شريكا متسببا ، ولو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام ونفذ ، ويدخل فى القتل بالتسبب الدال والمحرض ، والربيئة وهو من يراقب المكان فى أثناء مباشرة القتل ، ليضلل المغيثين . وملخص شروط القتل المانع من الميراث هو :

(أ) أن يكون القتل بغير حق ، فإذا كان قصاصا أو تنفيذا لعقوبة ، فإنه لايكون مانعا من موانع الميراث ، لأن المنع عقوبة ، والعقوبة لاتكون على إقامة حق وأمر عادل .

(ب) وأن يكون القاتل من أهل المسئولية الجنائية ، فإن كان صغيرا لم يبلغ الخامسة عشرة أو كان مجنونا أو معتوها أو فى حالة غيبوبة ناشئة عن عقاقير أيا كان نوعها ، إذا أخذها مضطرا إليها ، أو على غير علم بها ، فإن القتل فى كل هذه الصور لايمنع الميراث والوقف .

(حـ) وألا يكون القتل فى حال الدفاع الشرعى عن النفس أو المال ،

لأن القاتل مضطر إلى ذلك إذا تعين القتل سبيلا للدفاع ، وهو محق ، ولا عقوبة فى القيام بحق للشخص أو عليه .

(د) وألا يكون القاتل معذورا فى هذا القتل ، ويعتبر معذورا إذا كان فى حال دفاع عن النفس والمال وجاء القتل نتيجة أنه تجاوز حد الدفاع الشرعى ، بأن لم يتعين القتل سبيل الدفاع الشرعى ، بل كان الدفاع ممكنا بما دونه ولكنه تجاوز الحد ، وعذره قائم ، لأنه فى ساعة العدوان لم يكن فى حال من الرشاد يميز بها الحدود تمييزا سليما ، ويقدرها تقديرا مستقيما .

ومن الأعذار القانونية أيضا إذا فاجأ زوجته فى حال زنى فقتلها هى والزانى فإن هذه حال يضيع فيها الرشد .

ويلحق بهذا عذر فقهى نص عليه الفقهاء فى المذهب الحنفى ، وهو حال قتل ذات الرحم المحرم إذا تيقن أنها تزنى ، فإن ذلك اعتبر عذرا شرعيا عند الحنفية ، وقد اقترح النص عليه فى بعض أدوار قانون الميراث ، ولكن رؤى عدم النص وترك الصيغة عامة ، وهى بعمومها تشمل هذه الحال ، وفوق ذلك فإن لم ينص عليه يكون العمل فيه على مقتضى مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه ، لأنه لايزال الأصل القائم الذى يرجع إليه فى كل ما لانص عليه .

ـــ هذا موجز لبيان القتل المانع من الميراث ذكرناه ، لأن قانون الوقف صرح بأن القتل المانع من استحقاق المستحق فى الوقف هو الذى يمنع الميراث ، فكان لابد من الإشارة إليه ، وذكره بعبارة موجزة .

وإذا قتل المستحق الواقف وحرم من الاستحقاق بسبب ذلك القتل فما مآل نصيبه ؟ لم نجدنصا صريحا فى قانون الوقف ، لأن المادة ٣٠ التى بينت مآل نصيب المحروم لاتشمله ، لأن ذلك ليس محروما بعمل الوقف ، بل حرمانه قانونى بحكم القانون ، ولأن موضوع هذه المادة حرمان من لهم فى الأصل استحقاق واجب بحكم القانون ثم حرمهم الواقف ، وبطلان

الاستحقاق بسبب القتل يعم المستحقين استحقاقا واجبا ، واستحقاقا غير واجب .

وكذلك لاتشمله بالنص الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة والعشرين ، لأن ظاهرها أيضا أنها مسوقة لمن حرمه الواقف من أصحاب الاستحقاق الواجب ، ولكن يصح أن تأخذ من فحواها الحكم فى حال القتل ، فإن المحروم بسبب القتل يكون فى حكم من مات فى حياة الواقف ، وقد أيدت هذا الفهم المذكرة التفسيرية ، فقد جاءت فيها تلك الصيغة العامة« ومن حرم حرمانا قانونيا من كل نصيبه الواجب اعتبر ميتا فى حياة الواقف بالنسبة لهذا النصيب جميعه وأن ذلك هو المنطق » وهو الذى يتفق مع قانون الميراث لأن المحروم من الميراث بسبب قيام مانع من موانعه ومنها القتل يعد فى حكم المعدوم ، ولا يؤثر فى نصيب غيره فلا يحجب غيره ، لاحجب حرمان ، ولا حجب نقصان . فكان لابد أن يعتبر كذلك فى الوقف ، وقد يفهم مآل نصيبه من عموم المادة ٣٤ وإن لم يكن بصريح اللفظ » .

ولكن حرمان القاتل لايؤثر فى حرمان ذريته ، بل إنها تأخذ إذا كانت نصوص الوقف تعطيهم ، وتنظيم الاستحقاق فيه يدل على ذلك ، ولاتأخذ إذا لم يكن لها حق إلا ما كانت تتلقاه عن القاتل بعد موته واستحقاقه ، ومثلها فى ذلك الوارث فإنه لا يستحق ، إلا إذا كان ذلك الممنوع يحجبه من الميراث ، فإن ذلك الحجب يزول ، إذا اعتبر الممنوع فى حكم المعدوم .

٢٢٤ — ويجب لبيان مآل نصيب القاتل أن نذكر ببعض التفصيل أحوال استحقاقه ، إن القاتل إما أن يكون مستحقا استحقاقا واجبا ، وإما أن يكون مستحقا استحقاقا غير واجب بنص القانون — فإن كان استحقاقه غير واجب فإن مآل نصيبه يكون على حسب شرط الواقف ، لأن استحقاقه مستمد من هذا الشرط ، فيتبع مقتضاه ويكون حكمه حكم من يموت قبل الاستحقاق ، إن لم يكن أخذ من الاستحقاق فعلا ، أو حكم من مات بعد الاستحقاق إن كان قد آل إليه الاستحقاق وصار فى عداد المستحقين ، وكل

ذلك على أساس أنه يأخذ حكم من مات فى حياة الواقف ، ومن مات فى حياة الواقف ترد عليه هذه الأحوال إذقد يجوز أن يكون قد آل اليه بمقتضى شرطه ، ويجوز ألاَّ يئول إليه بمقتضى شرطه أيضا ، وفى كل الأحوال يتبع نص الواقف المعتبر شرعا وقانونا ، فهو الشريعة والمنهاج فى هذه الأحوال .

ــ وإن كان القاتل فى الأصل من أصحاب الاستحقاق الواجب فإنه يعتبر فى حكم المعدوم ، ولايؤثر فى نصيب غيره مطلقا ، فإذا كان الورثة زوجة وأخا شقيقا وأما وبنتا وابنا قاتلا ، وثلثا التركة عشرون ومائة فدان وقفا فإن الزوجة تستحق ثمن التركة استحقاقا واجبا والأم سدسه ، والبنت نصفه ، والباقى من الثلثين يلحق بالثلث الحر ، ويكون ما قرره الواقف هو القول الفصل فيه .

وإذا كان لهذا الابن القاتل ذرية لاتأخذ شيئا إذا لم تكن مستحقة استحقاقا واجبا بنفسها ، بأن كانت باعتباره ميتا صارت وارثة ومستحقة استحقاقا واجبا ، ولايئول نصيبه إليها إذا كانت تتلقاه عنه ، لأنه بقتله الواقف أصبح ممنوعا من الميراث ، فلم يكن من الذرية الوارثة فلا يستحق شيئا ، ولاتتلقى ذريته عنه شيئا ، لأنه لم يكن وارثا ، وأساس الاستحقاق الواجب أن يكون المستحق وارثا بالفعل عند الوفاة . وبقيام المانع من الإرث قد زال عنه ذلك الوصف الذى كان السبب فى الاستحقاق الواجب فلا تأخذ ذريته شيئا عنه ، ولايتلقى أحد منه شيئا ، لأنه لم يأخذ شيئا .

وإن هذا إذا لم يكن الواقف قد أعطى الذرية بالنص عليها وإلا فإنها تستحق بمقتضى ذلك النص ، لابمقتضى القانون ، أوالتلقى عن القاتل ، فإذا قال وقفت ما أملك على ولدى ثم على ذريته . ثم بطل استحقاق الابن فإن ذريته تأخذ بمقتضى ذلك النص .

ولكن الأمر الذى يحتاج إلى نظر إذا كان الواقف قد وقف ثلثى ماله على المستحقين استحقاقا واجبا وباقى المال على جهة بر مثلا ، وكان المستحقون استحقاقا واجبا مثلا(وهم الورثة كلهم) ،زوجته وأولاده ،

وهم ثلاثة بنين وبنت من بعدهم على ذريته ، ومن مات في حياة الواقف قام ولده مقامه فى الدرجة والاستحقاق فجاء أحد هؤلاء الأبناء وقتل الواقف ، أفيعتبر فى حكم الميت ويكون المستحقون استحقاقا واجبا الابنين الباقيين والبنت والزوجة وحقهم فى قدر الثلثين كله لافى بعضه ، وتكون فى هذه الحال لو أعطينا أولاد الابن القاتل يشطر ذلك من الثلثين اللذين يجب أن يخلصا للابنين والبنت والزوجة ، فيبطل استحقاق ذرية ذلك القاتل ويكون الوقف كله بين جهة البر بالثلث والمستحقين استحقاقا واجبا من الورثة الثلثين ، لأن استحقاقهم جاء بالتلقى عن أبيهم وأبوهم لم يأخذ شيئا ، فلا يأخذون له شيئا ، أم يستحقون نصيب أبيهم مشطورا من الثلثين ؟

وهذه هى المسألة التى نلتمس الجواب عنها من قانون الوقف ، وقد وجدنا هذا الجواب فى المادة ٢٩ من قانون الوقف ، وهى تجعل للواقف الحق أن يجعل لفرع من مات فى حياته نصيب أصله ، وقد اعتبرنا القاتل فى حكم الميت فى حياة الواقف فيكون لفرعه من مات فى حياته نصيب بمقتضى نص الواقف فى المسألة السابقة ويشاركون أعمامهم بحصة أبيهم . وإليك نص المادة ٢٩ « للواقف أن يجعل لفرع من توفى من أولاده فى حياته فى الوقف بقدر ما كان يجب لأصله بمقتضى المادة ٢٤ لو كان موجودا عند موت الواقف ، وبقدر ما يملك ولو تجاوز الاستحقاق ثلث ماله » .

وعلى ذلك تشطر ذرية القاتل مقدار نصيب أبيهم من الثلثين ما دام قد نص عليهم على النحو السابق ، فما تأخذه الذرية بمقتضى المادة ٢٩ يكون من الثلثين يستحق منهاأصحاب الاستحقاق الواجب وقد بينت ذلك المذكرة التفسيرية ، فقد جاء فيها النص الآتى :

« إذا كان الوارثون من ذرية الواقف وزوجه أو أزواجه وولديه يجب لكل منهم بمقتضى أحكام المادة ٢٤ استحقاق فى وقف ما زاد على ثلث ماله وفقا لأحكام الميراث فقد أباحت له المادة ٢٩ أن يجعل لفرع من توفى من أولاده فى حياته استحقاقا فى الوقف بقدر ما كان يجب لأصله طبقا

لهذه المادة لو كان الأصل موجودا عند موت الواقف ، أو بقدر ما يملكه إذا كان هذا الفزع وارثا ، وكان ميراثه أقل مما كان يرثه أصله . وقد يترتب على هذا نقصان نصيب الوارث عن مقدار أق ما كان يرثه فيما إذا زاد على الثلث متى نظرنا إلى الورثة الموجودين بالفعل عند موت مورثهم وحدهم ، وينخفض مايجب له عن ذلك إلى مقدار مايرثه مع افتراض وجود من مات من ورثة الواقف فى حياته ..... فمن كان له تسعون فدانا وقفها كلها قبل العمل بهذا القانون على أولاده وذريتهم ، وجعل ثلاثين منها لأولاد ابنه الذى توفى قبل وقفه ، ومات عن ابنين وارثين فقط نفذ شرطه . وإذا كان قد وقف منها ثلاثين فدانا قبل العمل بهذا القانون على جهات خيرية أو غير ذريته ، ثم وقف الستين الباقية على أولاده وذريتهم وجعل منها عشرين فدانا لولد من مات قبل وقفه وتوفى عن ابنين وارثين فقط نفذ ماصنع وإن كان ثلث ماله قد استنفد قبل القانون وكان فى ذلك مساس بالابنين الوارثين بمقتضى المادة ٢٤ » .

٢٢٥ — وحكم القتيل بالنسبة للاستحقاق الواجب وذرية المستحق هو حكم أى مانع من موانع الإرث الأخرى ، فإذا كان الواقف مسيحيا ، وله ابن ينتمى إلى دولة يمنع قانونها توريث الأجنبى منها ، فإن ذلك الابن يكون ممنوعا من الميراث ، ويكون أولاده من حيث الاستحقاق كأولاد القاتل ، وكان ذلك الابن ممنوعا لأن قانون الميراث عند اختلاف الدار مانع من الميراث إذا كان قانون الدولة التى ينتمى إليها الوارث يمنع ميراث الأجنبى عنها ، وكذلك إذا أسلم رجل وله أولاد مسلمون لايكون مستحقا الاستحقاق الواجب إلا الاولاد المسلمون وذرية الأولاد المسيحيين يكونون كذرية أولاد القاتل .

٢٢٦ — ولماذا نص القانون على القتل ، ولم ينص على غيره من موانع الإرث ؟ الجواب عن ذلك أنه بالنسبة للاستحقاق الواجب لم يكن حاجة إلى النص على أى مانع من موانعه ، القتل أو غيره ، لأن شرط ذلك الاستحقاق هو الإرث بشروطه ، فإذا وجد مانع لم يتحقق شرط الإرث فلم

يكن ثمة حاجة إلى ذكر أى مانع من الموانع ، ولكن ذكر القتل لبيان أنه إن وجد يمنع الاستحقاق ، سواء أكان الاستحقاق الواجب أم غيره ، فاحتيج إلى ذكره ، أما غيره من موانع الإرث فهو بالنسبة للوقف ليس له هذا العموم ، إنما هو خاص بالاستحقاق الواجب ، وليس ثمة حاجة إلى ذكره .

٢٢٧ ــ وحرمان القاتل للواقف حكم عام يشمل الأوقاف القديمة والجديدة ، فهو لم يستثن فى التطبيق قط ، بل يطبق على الأوقاف القديمة كلها ، حتى الأوقاف التى نصت عليها المادة (٦١) فالمادة (٢٦) ، الخاصة بحرمان القاتل لم تكن من المواد المستثناة إلا إذا كان القتل سابقا على القانون .

مسوغات الحرمان الاختيارية

٢٢٨ ــ إذا وقف شخص وله ذرية وارثة أو زوجة أو أبوان ، وجب أن يتوافر لهم فى وقفه استحقاق بقدر ميراثهم فى الثلثين كما ذكرنا ، وأن وقف على غيرهم وحرمهم تحول الوقف إليهم بمقدار استحقاقهم بحكم القانون ، غير أن القانون لاحظ بعض الأحوال النفسية ، فأباح للواقف أربعة أمور :

أولهما : أن يجعل الوقف على الأبوين والزوج مقصورا عليهم مدى حياتهم وفى ذلك ملاحظة لذريته ، وقد تكون ذرية ضعافا يحتاجون إلى فضل المال ، ولأن القانون يسير على منطقه من تسويغ حرمان الإخوة والأخوات إلى آخر مداه فجعل للواقف حق منع وصول أى شىء إليهم يجعل استحقاق الأبوين مدى حياتهم ، ومن بعدهما لذريته هو ، وفى ذلك ما فيه ، وقد بيناه فى موضعه من القسم الأول من بحثنا عند الكلام فى مدى حماية قانون الوقف لميراث من اختصهم بحمايته من الورثة ، وقلنا فى ذلك ما أرضينا به ضميرنا الدينى بالنسبة للفرائض التى نص عليها فى كتاب الله الذى لايأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، والله على ما نقول شهيد .

ثانيها : أنه أبيح للزوجة أن تحرم زوجها من وقفها ، أو تشترط حرمانه فى حالين (**إحداهما**) إذا طلقها ، وذلك معقول ومتفق مع المنطق ،

لأنه بطلاقها سار فى طريق ألا يكون وارثا لها ، وبذلك لايكون له حق فى استحقاق واجب ، لأن أساس الاستحقاق هو الميراث ، وقد نقض هو سببه ، وهل يعود له حقه إذا عادت إلى ذمته بمراجعة فى طلاق رجعى ، أو بعقد جديد فى طلاق بائن ؟ إن لذلك فضلا من البيان سنتجه إليه .

ثالثها : إذا تزوج بغيرها ، وهى فى عصمته إذ تكون فى حالة نفسية قد اعتبرها الشارع ولاحظها ، ولم يعتبره مستحقا للحماية ، ولافرق بين أن يكون سبب الزواج من قبلها كعقر ، أو كان من قبله كاندفاع غير متبصر فيه ، وذلك سير على ما اتجه إليه بعض المفكرين فى مصر من تقييد تعدد الزوجات ما أمكن التقييد ، وأتت الفرصة لمحاربته ، ولو فى بعض القوانين التى قصد بها حماية بعض الوارثين .

ورابعها : أن القانون أعطى الواقف الحق فى حرمان المستحق الذى تكون لديه أسباب قوية لحرمانه إذا رأت محكمة التصرفات بعد تحقيقها وثبوت أنها كافية لما ارتآه الواقف من حرمان سواء أكانت الأسباب عيوبا شخصية للمحروم ، أم كانت تنظيما عادلا لأمور الأسرة أقام الدليل على عدله ، أم كانت عقوقا للواقف ، أو نحو ذلك مما يكون موضع دراسة عميقة .

٢٢٩ ــ هذا مجمل للمسوغات التى سوغ القانون فيها الحرمان الاختيارى من الاستحقاق ، وإن ذلك الإجمال لايكفى فى بحثنا وقد فصلنا القول فى القسم الأول من هذا البحث فيما يتعلق بجعل استحقاق الزوج والأبوين فى حياتهما ومن بعدهم لذرية الواقف ، ولذلك لانعرج عليه بالتفصيل فى هذا القسم .

أما الأمران الثانى والثالث ، فإن علينا أن نفصل القول بعض التفصيل فيهما ، إذ لم يسبق لذلك بيان لنامن قبل ، ولايغنى فيهما الإجمال عن بعض التفصيل .

وأولهما : وهو الخاص بحرمان الزوجة زوجها من وقفها إذا تزوج

بغيرها وهى فى عصمته ، أو طلقها ، وقد نصت عليه المادة ٢٧ فى الفقرة الأخيرة منها ، وذلك نصها :

« وللزوجة أن تحرم زوجها من وقفها ، أو تشترط حرمانه إذا تزوج بغيرها ، وهى فى عصمته ، أو إذا طلقها » وقد جاء فى المذكرة التفسيرية فى بيان الباعث على ذلك ما نصه :

« للزوجة أن تحرم زوجها من وقفها ابتداء ، أو تخرجه من وقفها ، إذا تزوج بغيرها وهى فى عصمته ، كما لها أن تشترط حرمانه من الاستحقاق إذا فعل ذلك ، ولها أن تصنع ذلك أيضا إذا طلقها ، ولو كان طلاقا رجعيا لاينقطع به حق التوارث ، وقد جعل لها ذلك الحق استثناء من أحكام المادة ٢٤ لما فيه من الطرق السليمة لمحاربة الطلاق وتعدد الزوجات .

٢٣١ ــ هذا نص القانون ومذكرته التفسيرية فى هذا المقام ، وهما صريحان فى أن للزوجة أن تشترط حرمان زوجها من الوقف حرمانا كليا أو جزئيا فى حالتين :(**إحداهما**) إذا تزوج عليها وهى فى عصمته ،(**والثانية**) إذا طلقها ، أما الحال الأولى وهى الزواج بغيرها وهى فى عصمته . فإن نص القانون يفيد أن اشتراطها ذلك الشرط لايكون سائغا إلا إذا قيد بأن الزواج من غيرها وهى فى عصمته ، فإذا لم يقيد ذلك التقييد فإنه يكون لغوا ، وعلى ذلك إذا اشترطت فى وقفها حرمان زوجها إن تزوج بغيرها وهى فى عصمته ، ولم تأت بذكر لحرمانه بسبب طلاقها ، لأنها لم تتوقع أن يطلقها بعد طول الصحبة وحسن المودة ، ولكنها توقعت أن يتزوج غيرها لهوى جامح يعرض له ، ففى هذه الحال إذا طلقها حتى إذا انتهت عدتها تزوج عليها ، واستمر مع زوجته ثم عقد عليها من جديد ، فإن شرطها يكون لاغيا لايلتفت إليه ، لأنه لايفيد حرمانا قط ، ولو رجعت فى وقفها لايسوغ حرمانه من جديد ، فإن القانون يجيز اشتراط عدم الزواج وهى فى عصمته ، ولا يجيز اشتراط تطليق غيرها لأنه لانص فبقى على أصل المنع .

ويكون القانون غريبا إذ أنه يهدم بعضه بعضا ، فهو بلا شك يقصد إلى حماية المرأة من الزواج بغيرها ، ومنع الزوج من ذلك ، فسوغ لها هذا

الاشتراط ، ثم أضاف كلمة بعصمته فسوغت هذه الكلمة هدم الفكرة وإضافة إساءة أخرى أقوى من الإساءة الأولى إن لم تشترط الحرمان عند الطلاق . بأن يطلقها حتى تبين ، ثم يتزوج غيرها ، ثم يعيدها ، وقد تكون حالها الشخصية ، وحال أولادها أو شيخوختها واضطرارها أن تعيش فى كنف رجل من الأمور التى تضطرها إلى العودة إليه على أى حال فتعود ، وقد ظلمت ظلما بينا ، واعتكرت حياتها مرتين بهذا الاشتراط ، وربما لو لم تشترطه لم تعتكر إلا مرة واحدة .

٢٣٢ ــ ثم ما المراد من كلمة« عصمته »أيراد بها أن تكون العلائق الزوجية لم تنته ؟ إن هذا التعبير لايعد اصطلاحا فقهيا محرر المعنى فى كتب الفقه ، ولذلك وجب أن نفسره بما يتفق مع مرمى القانون ومقصده ، ما دامت الكلمة ليس لها معنى قائم بذاته ينصرف إليه اللفظ .

إن أحوال الرجل مع المرأة التى ارتبط معها بعلاقة زوجية ثلاث : (**أولاها**) أن تكون الزوجية قائمة لم تطلق . (**ثانيتها**) أن يطلقها طلاقا رجعيا والعدة لم تنته . (**ثالثتها**) أن يطلقها طلاقا بائنا والعدة لم تنته .

أما الحال الأولى فإنها بلاشك فى عصمته فى هذه المدة ، **والثانية** كذلك بمقتضى أحكام الفقه لأن الطلاق الرجعى فى مدة العدة لايزيل ملكا ولا حلا ، فما يملك الزوج على زوجته من حقوق ثابت ، قائم ، ولذلك لايمنع التوارث إذا مات أحدهما فى العدة ، ولايحل مؤجل الصداق إذا كان مؤجلا لأقرب الأجلين : الطلاق أو الوفاة ، وله أن يراجعها من غير إرادتها فى مدة العدة فكانت كل الحقوق ثابتة قائمة ، وعلى ذلك تعد المطلقة طلاقا رجعيا فى عصمته ، فإذا تزوج عليها وهى معتدة من طلاق رجعى ثم راجعها يكون غير مستحق استحقاقا واجبا ، لشرطها لأنه تزوج بغيرها ، وهى فى عصمته .

أما الحال الثالثة :وهى المعتدة من طلاق بائن ، أفتعتبر فى عصمته أم لاتعتبر ؟ إن المعتدة من طلاق بائن تجب لها نفقة العدة ، ولا تخرج

من بيتها ، وتعد ناشزا إن خرجت لقوله تعالى :« **لاتخرجوهن من بيوتهن ولايخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة** »(١)

وإن الفقهاء جميعا يقررون أن العدة حق المسلم من غير أن ينفوا أنها تكون أيضا حقا لله ، وإذا كانت هذه الأحكام مقررة ثابتة ، فمن الحق علينا أن نقول أن المعتدة من طلاق بائن تكون فى عصمته بدليل أنه ليس له أن يتزوج أختها حتى تنتهى العدة ، وليس له أن يتزوج خالة لها حتى تنتهى عدة من طلقها ، وإنا نميل لذلك ، ولايصح أن يقال إن ملكه قد زال ، لأن كلمة العصمة ليست مرادفة لكلمة الملك ، إنما هى فى جملة مدلولها يراد بها بقاء بعض حقوق الزوجية ، وذلك ثابت فى المطلقة طلاقا بائنا ، على أنا مع ذلك لانقول أن من يقول أن حال المعتدة من طلاق بائن لاتكون فى العصمة باطل بيقين ، — ولكنا نرجح غيره ، إذ أن كلمة« العصمة » غير محدودة المعنى ، واضحة المدلول ، مثبتة له بطريق الجزم واليقين .

٢٣٣ — وأخيرا نقول إننا لانرى مبررا مطلقا لهذا التقييد — بل نرى أن الذى يتفق مع ما يرمى إليه فى الجملة ، وهو تصعيب تعددالزوجات يوجب أن نجعل لها الحق المطلق فى أن تشترط عدم التزوج بغيرها ، سواء أكان الزواج بغيرها ، وهى فى عصمته أم كان بعد أن طلقها ، لتستقيم فكرة القانون ، وتتحقق غايته ، بل إنه لو كان لنا أن نفسر القانون بمقاصده وغاياته لقلنا إن كلمة — بعصمته — لغو غير مقصود ، ولكنا لانفرض اللغو فى ألفاظ القوانين ، ولانهدم الألفاظ بالمقاصد العامة للقانون ، والغايات الباعثة عليه ، فإن ذلك لو عمم لكان فيه السبيل للخروج من أحكام القوانين بالحق وبالباطل ، ولادّعى كل خارج عليه أن المبرر روح القانون ومقصده وغايته .

٢٣٤ — وإذا اشترطت ألا يتزوج عليها وهى فى عصمته ، فتزوج عليها امرأة ، والزوجية قائمة بينه وبينهما ، ثم طلقها ، أيعود له حقه الواجب ، ويعتبر الشرط الذى اشترطه قد نفذ كاملا ، لأنه بطلاق من تزوجها يكون قد نفذ شرطها ، أو بالطلاق يكون قد ألغى زواجه بغيرها ، ويعتبر كأن لم يكن ؟ إن الإجابة عن هذا السؤال تستدعى نظرا عميقا فى عبارة القانون ومرماه .

(١) سورة الطلاق الآية الأولى .

إن عبارة القانون نصها« للزوجة أن تحرم زوجها من وقفها ، أو تشترط حرمانه إذا تزوج عليها بغيرها وهى فى عصمته » وهذه العبارة تفيد أنه إن تزوج بغيرها يتحقق شرط الحرمان ، لأنه منوط بمقتضى النص بوقوع التزوج وقد وقع ، فيتحقق الحرمان ، وإذا طلقها لاتزول الحقيقة ، وإن انتهت ، وليس السبب هو الاستمرار فى الزواج بغيرها إلى الوفاة ، إنما سبب الحرمان بمقتضى النص هو التزوج فقط ، والاستمرار ليس فى القانون ما يدل عليه ، لأن بعض الغرض من جواز هذا الشرط كما تقول المذكرة التفسيرية هو محاربة تعدد الزوجات بطرق سليمة ، ولايتحقق ذلك الغرض إذا كان يتزوج ثم يطلق ، ثم يتزوج ثم يطلق ، بل إنه يتعدد الزواج ، ويتعدد الطلاق ، وإن كانت الجناية ليست على الواقفة وحدها ، بل اشترك معها المنكوبات بهذا المزواج المطلاق ، ومن جهة أخرى إن ذلك الشرط الغرض منه أيضا مصلحتها فى ألاَّ يعكر صفو حياتها معه بإدخال الضرائر عليها من وقت لآخر ، وإنه بالتزوج قد تحقق التعكيز والأذى ، وإن الملاحظ أن الذواقين فى الغالب لايبقى معهم إلا الزوجة الأولى ، ويتزوجون ويطلقون ، حتى إذا أنهكت قواهم لايبقى فى عصمتهم إلا الزوجة الأولى الصبور على تلك الحياة الضنك .

٢٣٥ ـــ ولكن مع هذا النظر العميق الذى وضحناه يميل بعض الشراح إلى أن اشتراط الحرمان إذا تزوج بغيرها ، يزول فيه الحرمان إذا طلق من تزوجها ، فهو يرى أن سبب الحرمان هو الاستمرار على الزواج بغيرها لامجرد الزواج ، وعلى ذلك إذا تزوج ثم طلق ، ثم تزوج ، ثم طلق ، وانتهى به المطاف إلى أن بقى مع الواقفة وحدها ، ويكون سبب الحرمان قد زال ، وتطبق على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة ٢٥ التى تقول « ويعود له حقه إذا زال سبب الحرمان » وكذلك الفقرة الأخيرة من المادة ٣٤ التى تقول « ويعود إلى المحروم نصيبه متى زال سبب الحرمان » .

ولكن إذا فسر الشرط الذى سوغه القانون للحرمان عند الزواج بأخرى بأنه الاستمرار على الزواج من غيرها حتى وفاتها لايتحقق وجوده

بمجرد الزواج ، بل لابد من استمراره ، وعلى ذلك يكون سبب الحرمان ليس هو مجرد الزواج ، بل يكون السبب هو الاستمرار ، والاستمرار غير قابل للزوال أيضا إذ هو معنى لايتحقق إلا بالبقاء إلى موتها ، فهو كمرض الموت لايتحقق كونه مرض الموت إلا إذا مات معه فعلا ، فلا يكون قابلا للزوال ، فلا محل لفرضه وتطبيق المادة ٢٥ .

ولايتأتى أن يكون سبب الحرمان غير قابل للزوال ، وتنطبق عليه الفقرتان الأخريان من المادتين السابقتين إلا إذا كان المراد غير التزوج وغير الاستمرار على الزواج ، بأن يكون السبب العشرة الزوجية بغيرها فهى التى إذا كانت تزول ، إذ هى حال تبقى وتزول وليس فى عبارة القانون مايدل عليها ، أما التزوج المحرر فواقعة ، والوقائع لايتصور زوالها وكذلك الاستمرار .

٢٣٦ — ومن هذا يتبين أننا نميل إلى المعنى الأول ، وهو أن الزواج متى حصل لايعود وجوب الاستحقاق ، ولكى نحقق الغرض من المادة، ويتحقق التفسير اللفظى وإن كان التفسير الثانى ليس باطلا من كل الوجوه فلا نجزم ببطلانه .

وقد يقول قائل أننا إذا لم نقل أن التزوج إذا كان سببا للحرمان كان قابلا للزوال ، فكيف تطبق الفقرتان السابقتان من المادتين ٢٥ و ٢٤ — ؟ والجواب على ذلك أن موضع تطبيقهما متسع فى غير هذا الموضع ، مثل أن يشترط لاستحقاق ابنه ألاَّ يتزوج من أجنبية ، ويعود إليه الاستحقاق إن طلقها ، ومثل أن تشترط الواقفة ألاَّ يتزوج عليها وأن يعود إليه الاستحقاق إن طلق من تزوجهافإن الشرط الذى أوجب الحرمان نفسه يكون متضمنا عودته إن زالت ، أو أن يقول لايستحق ابنى فلان ما بقى على زواجه من فلانة الأجنبية ، ونحو ذلك مما سنبينه فى أسباب الحرمان الأخرى ، وقد ذكرت المذكرة التفسيرية مثلا لتطبيقها ، وهذا نصها فى هذا المقام :« وإذا كان الحرمان لسبب يمكن زواله ، فزال هذا السبب عاد للمحروم نصيبه ، كما كان ، وإن لم ينص الواقف على عودة النصيب له إذا زال سبب

الحرمان ، وقد أخذ هذا من مذهب الشافعية ، فإذا شرط حرمان من ركبه دين فاستدان بعض الموقوف عليهم لغير مصلحة ذات شأن ، وصار محروما ، ثم سدد دينه بعد ذلك عاد إليه الاستحقاق من وقت زوال سبب الحرمان وإن لم يشرط الواقف عودته » .

هذا ما قالته المذكرة التفسيرية .

٢٣٧ ــ قد تبين من هذا رأينا فيما إذاشرطت ألا يتزوج غيرها ، وهى فى عصمته فلننتقل بعد ذلك إلى اشتراطها ألا يطلقها فإنها إن اشترطت ذلك وماتت وهى مطلقة لايستحق شيئا من الغلات ، سواء أكان الطلاق رجعيا أم كان بائنا ، وسواء أكانت العدة قائمة ، لأنه إن كان الطلاق بائنا فلا ميراث للزواج سواء أكان الموت فى العدة أم بعدها ، وكذلك إذا كان رجعيا وانتهت العدة ، والاستحقاق الواجب مبنى على الميراث ، فإذا زال الميراث زال ما انبنى عليه ، أما إذا كان الطلاق رجعيا والموت وهى فى العدة فهذا موطن الاشتراط ، ولو استحق مع الاشتراط ما كان للاشتراط معنى ، وما كان للقانون فائدة من تسويغه ، ولأن مرمى القانون أن يمنع من التطليق ، أو يقلل منه سوغ ذلك الاشتراط له ، كما جاء فى المذكرة التفسيرية التى أشرنا إليها ، ولأنه بالتطليق قد عكر صفو حياتها ، وأرهق نفسها بالحرمان من الزواج ، فكان الحرمان من الاستحقاق مقابلة بالمثل فى نظر القانون .

ولكن إذا اشترطت ألاَّ يطلقها ، فطلقها طلاقا رجعيا ثم راجعها فى العدة ، أو طلاقا بائنا ثم عقد عقدا جديدا ، فهل يعود إليه الاستحقاق الواجب ؟ قال بعض الشراح للقانون إنه يعود إليه الاستحقاق ولو كان قد قرر الطلاق ، وطلقها الثالثة ، وانتهى الحل ، ولم تعد إليه إلا بعد أن تزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم طلقها ، وانتهت عدتها منه ، وعادت بحل جديد .

وينبعث من جديد تطبيق الفقرة الأخيرة من المادتين ٢٥ و ٣٤ الذى خالفاه فى التزوج بغيرها مستمدين المخالفة من لفظ القانون ، ومرماه وغرضه .

ومن الواجب أن نتكلم عن ذلك الجزء من هاتين المادتين ببعض الإيضاح فنقول أنه من المقرر أن الأحداث إذا وقعت لاتزول من الوجود فإذا أوقع طلاقا فقد سجله الوجود ، وإن أزال آثاره وأعاد زوجه إليه ، وإن تزوج على امرأته فإن ذلك الفعل قد سجله الوجود وما يسجله الوجود لايقبل المحو ، وإن كان من الممكن إزالة آثاره ، هذه بدهية عقلية لاتقبل النقض ، وكذلك من البدهيات أن الأحوال تقبل الزوال ، فكون فلانه زوجة حال تقبل الزوال ، وكونها أرملة حال تقبل الزوال ، وكونها مطلقة فلان حال تقبل الزوال ، وكونه مدينا حال تقبل الزوال ....وهكذا .

وعلى ذلك نستطيع أن نقول أن الفقرة الأخيرة من المادتين ٢٥ و ٣٤ تنطبق كل الانطباق على أسباب الحرمان التى تكون أحوالا قابلة للزوال ، فمن اشترط أن تعطى قريبته الفلانية مادامت خالية من الأزواج ، وحرمها إذا كانت متزوجة فإنها إذا طلقت وانتهت الحياة الزوجية فإن سبب الحرمان يزول فيعود إليها الحق ، ولكن لاينطبق هذا على الأحداث التى يشترط الواقف نفيها ، فإذا اشترط الواقف الا تعطى أخته إذا تزوجت ، فتزوجت ثم طلقت أيعود إليها الاستحقاق ؟ إننا لو طبقنا حرفية الشرط دون مقصده لايعود . ولكن قد ثار بين الفقهاء خلاف فيما إذا اشترط الواقف مثل هذا الشرط فقد جاء فى ابن عابدين فيما إذااشترط الواقف حرمان ابنته إذا تزوجت أن فى هذه المسألة خلافا إذا تزوجت ثم طلقت ، فبعض الحنفية قال إن حقها فى الاستحقاق يعود ، لأن غرض الواقف أن يحرمها من الاستحقاق إذا استغنت عنه بالزواج ، فإذا زال الزواج ذهب ذلك الاستغناء ، وجاءت الحاجة التى كانت هى الباعث على الاستحقاق . وقال الأكثرون من الحنفية أنها إن تزوجت لا يعود إليها الاستحقاق إن طلقت لأن الاستحقاق مقدر بعدم وقوع الفعل ، وقد وقع الفعل ، فزال الموجب للاستحقاق ، وهو نص الواقف .

ومذهب الشافعية على الرأى الأول ، فإذا شرط الواقف حرمان من ركبه دين فاستدان فإنه يحرم ثم إذا زال الدين بالأداء عاد الاستخقاق ، لأن

غرض الواقف منع الاستدانة أو عدم الاستمرار فيها ، فإذا سدد تحقق غرضه في الجملة .

٢٣٨ ـــ هذا ما قاله الفقهاء فلننظر في اشتراط الواقفة ألا يتزوج عليها أو يطلق لنفسر القانون بالتفسير الحرفي ، وهو وقوع الحدث الذي كان سبب الحرمان في اشتراطها وهو التزوج أو الطلاق ، أم نفسره بالأثر وهو بقاؤها ضرة أو بقاؤها مطلقة ؟ إن القانون ما كان يحتمل إلا احتمالا واحدا وهو الأول لولا أن المذكرة التفسيرية التي قالت أنها أخذت فقرة الأخيرة من المادتين ٢٥و٣٤ من المذهب الشافعي ، فإن هذه الجملة من المذكرة قد توهم أنه يحمل لفظ القانون على معنى بقاء الأثر وزواله ، ولكنا على أي حال نفسر اللفظ في هذه الجزئية بما يتفق مع غرض القانون المنصوص عليه في المذكرة التفسيرية في هذا المقام ، وبما يتفق مع غرض الواقفة من الاشتراط ، والفقرة المنصوص عليها في المادتين المذكورتين ، وما جاء في المذكرة الخاصة بهما له متسع في غير هذه الجزئية ، والعبارات العامة لاترد على العبارات الخاصة فتخصصها ، أو تمنع إطلاقا ، والفقرة المذكورة عامة ، والمادة التي ترخص في اشتراط الحرمان للتزوج والطلاق خاصة فلا يخصصها عام .

لقد صرحت المذكرة التفسيرية أن الغرض من تسويغ اشتراط الحرمان عند الطلاق والتزوج بغيرها هو محاربة التعدد والطلاق بطريق مشروع ، فهل يتحقق ذلك الغرض إذا تزوج عليها ، ثم طلق من تزوج ، ثم تزوج عليها ، ثم طلق من تزوج ؟ إن التعدد في هذه الحال قد تحقق بأبشع صورة فكان الرجل مزواجا مطلاقا ملعونا في سنة النبي ﷺ كما أشرنا من قبل ، ثم إذا طلق الواقفة ثم راجعها ثم طلقها ثم اتخذ أقبح الأحوال سبيلا لإعادتها بتوسيط زواج محلل ، إن صح أن نسمي ذلك زواجا ، واضطرت إلى قبول ذلك محافظة على أولادها ، فإن سوغنا استحقاقه مع ذلك أنكون قد حاربنا الطلاق ، كلا بل إننا قد سوغناه على أقبح صورة .

ثم عند الاشتراط هي ترمي به إلى أنه إن تزوج بغيرها ألاَّ يستمر على

العشرة معها أو إن طلقها لايستمر على الانفصال ، أم هى ترمى إلى تحريم ذلك عليه وألاّ يعكر صفو حياتها بضرة يدخلها عليها ، أو بطلاق يقع منه ؟ إن غرضها بلا شك هو الثانى ، فليفسر القانون والشرط ذلك التفسير .

ولهذا نحن نرى أنها إذا اشترطت حرمانه إن طلقها أو تزوج بغيرها فإنه يحرم بمجرد التزوج أو التطليق ، ولو عاد إليها بعد الطلاق ، أو طلق من تزوجها ، ثم إذا أرادت أن تعيد استحقاقه فلتغير فيما اشترطت إن رأت أن العدة قد استقامت ، ورغبت فى أن يبقى مستقيما إلى النهاية .

٢٣٩ — هذان مسوغان للحرمان ، وهما خاصان بزوج الواقفة ، وهناك مسوغات عامة ذكرت بالتعريف دون العدد والإحصاء ، وقد ذكرتها المادة ٢٧ فى صدرها إذ تقول :

« للواقف أن يحرم صاحب الاستحقاق الواجب من كل أو بعض ما يجب له ، فى وقفه ، متى كانت لديه أسباب قوية ترى محكمة التصرفات بعد تحقيقها أنها كافية لما ذكر » .

هذا هو النص الوارد فى ذلك ، وهو مجمل لايمكن العمل به إلا ببيان وضرب للأمثال ، حتى يقاس عليها غيرها ، ولذا كان حقا علينا أن نرجع إلى المذكرة التفسيرية فى تفصيل ما أجمل القانون ، وهذا نصها فى هذا المقام :

« وقد أعطى هذا الوقف استثناء من أحكام المادة ٢٤ لأن هناك من الأمور ما له شأن كبير فى نظر الواقفين ، ويجب احترامه ، لما له من المساس بالأخلاق الفاضلة والسلوك المستقيم ، وبكيان الأسرة وكرامتها ، بل قد يكون له مساس بخير الوطن نفسه ، فليس من الخير ولامن العدل فى شىء أن يلزم الواقف بأن يجعل فى وقفه استحقاقا لمن يندفع وراء شيطانه ويعق والديه مثلا العقوق الذى لايقره الدين ولاالعرف ، أو يحاول اغتيال الواقف أو يلحق به أو بأسرته ضررا جسيما ، أو يخل بما يجب عليه نحو أسرته إخلالا شائنا، وليس من الإنصاف أن تحد من حرية الواقف وتمنعه

إذا أرسل ابنه للتعليم خارج القطر من أن يشترط حرمانه من الاستحقاق فى وقفه إذا تزوج من غير بنات بلده وملته ، وهذا الشرط يدل على حسن تقدير الواقف ومبلغ حرصه على ثروة بلده ، والاحتفاظ بها لقومه وبنى وطنه وحماية أسرته من الاتصال بالساقطات ، ومن الشرور التى تصيب أسرته وأمته من وراء الزواج بالأجنبيات ، وليس من العدل أن يحال بين الواقف وبين حرمان كريمته من وقفه إذا تزوجت بأحد خدمه أو بمن يعتبر الزواج به معرة تلحق بكرامة أسرته ، وقد ترك للمحكمة تقدير الأسباب التى يراها الواقف مقتضية للحرمان من الاستحقاق أو من بعضه ، فعليها أن تحقق ما يديه تحقيقا كافيا وأن تبحث ما يحيط بذلك من الظروف والملابسات بحثا وافيا ، وأن تقدره طبقا لأحكام الشريعة والمصلحة والعرف والآداب والتقاليد ، وأن تراعى بوجه خاص تقاليد أسرة الواقف وآدابها ، ثم تفصل فيما إذا كان كافيا لما يريده الواقف أولا ، فإن كان كافيا أقرت صنيعه وإلا امتنعت عن سماع الإشهاد، حتى يأخذ وضعه الصحيح، ومن البين أن اختصاص محكمة التصرفات بالتحقيق والبحث والتفصيل إنما يكون عند سماع الإشهاد ، أما إذا كان الإشهاد قد سمع مشتملا على اشتراط حرمان صاحب النصيب الواجب إذا أتى شيئا معينا ارتضت المحكمة اشتراطه ، ثم آل الأمر إلى النزاع فى تحقق هذا الشرط ، أو عدم تحققه فإن نظر ذلك يكون من اختصاص المحكمة القضائية .

٢٤٠ — هذا نص القانون ومذكرته التفسيرية فى هذا المقام ، ومنها يتبين أن القانون يشترط لتسويغ الحرمان أن تكون ثمة أسباب قوية مسوغة لحرمانه من استحقاقه كله أو بعضه ، وأن محكمة التصرفات هى التى تقدر قوة الأسباب وضعفها ، وضربت المذكرة التفسيرية عدة أمثال لما يكون فيه السبب قويا مسوغا للحرمان ، فذكرت أن العقوق الذى لايقره العرف والدين مسوغ للحرمان بمقداره ، وكذلك محاولة اغتيال الواقف ، أو إنزال ضرر جسيم بالأسرة والإخلال بما يجب عليه نحوها إخلالا شائنا ، والتزوج بأجنبية ، أو المخالفة له فى الدين أو أن تزوج البنت نفسها بأحد خدمه أو بمن يكون الزواج به معرة تلحق بكرامة أسرتها .

ولاشك أن هذه الأمثلة الأخيرة من شأنها تقييد حرية المستحق فى الزواج الذى نص على أنه غير سائغ فى المادة ٢٢ فهل هذه الأحكام مستثناة إذا أقرت محكمة التصرفات نظر الواقف ، ورأت قوة الأسباب الدافعة إلى الحرمان ؟ لقد نصت المادة ٢٢ على استثناء أحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من تطبيقها ، فقد جاء فيها ما نصه :« مع عدم الإدخال بأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٧ يبطل شرط الواقف إذا قيد حرية المستحق فى الزواج ، أو الإقامة ، أو الاستدانة إلا اذا كانت لغير مصلحة » .

فهذه المادة صريحة فى منع كل شرط فيه تقييد لحرية المستحق فى الزواج أو الإقامة أو الاستدانة ، ولم تستثن من المنع إلا الفقرة الأخيرة من المادة ٢٧ وهى الخاصة بجواز اشتراط الزوجة حرمان زوجها إن تزوج بغيرها أو طلقها .

وعلى هذا تكون المذكرة التفسيرية بضربها الأمثلة بالزواج بالأجنبية أو تزوج بنت الواقف بغير كفء فى عرف الناس ، وإن كان الشرع يعتبر الزواج صحيحا ــ معارضة لعموم المادة ٢٢ فإن نص هذه المادة يعتبر ذلك شرطا غير صحيح والمذكرة التفسيرية تعتبره سائغا فى مثل الأحوال التى ذكرها ، ولكن إذا لوحظ أن محكمة التصرفات ستشترك فى تقدير هذه الأسباب ، ولاتترك للواقف الأمر ، وأن ذلك يكون فى ذلك التقييد ليس مصادرة لحرية الاختيار فى الزواج ، بل هو مصادرة للاتجاه الشاذ الضار ، وأن الحرمان ليس للتزوج فقط ، بل الحرمان للإساءة التى وقعت بوضع الأمور فعلا فى غير موضعها ، إذا لوحظ ذلك تلاقت المذكرة التفسيرية مع نص المادة ٢٢ ، وفوق ذلك فإن النص الذى اشتملت عليه المادة ٢٧ التى عنيت المذكرة التفسيرية بتخريجها ذلك التخريج قد يفهم منه أنه ليس فيه اشتراط فى الاستحقاق لتقييد حرية الزواج ، بل ما يكون فيه ترتيب الحرمان على وقوع أمر ثبت ووقع ، فليس فيه منع للزواج فى المستقبل ، بل فيه حرمان على أمر وقع واستمر وثبت أن ذلك التصرف السيء يستحق عليه ذلك الحرمان ، وفرق بين أن يتقيد الاستحقاق بعدم الزواج فى المستقبل ، وبين أن يمنع المستحق بسبب أمر وقع فى الماضى وأوقع الأسرة فى العار ،

فإن الأول فيه تقييد لحرية الزواج والثانى فيه عقاب على فعل قطعت المحكمة مع الواقف بأنه سوء يستحق ذلك العقاب. والأول منعته المادة ٢٢ والثانى لم تمنعه . وفوق ذلك فإن القانون فى الاستحقاق الواجب يتدخل فى حرية الواقف ، لافى حرية المستحق فإذا وجد أن الواقف عدل فى عمله لايتدخل فى حريته .

٢٤١ — هذا وقد ذكرت المادة ٢٧ أن تقدير الأسباب ومداها يرجع إلى محكمة التصرفات عند إنشاء الوقف ، ذلك لأن محكمة التصرفات هى التى تتولى توثيق الوقف المشتمل على شرط الحرمان وسماع الشهادة ، وذلك لما جاء فى المادة الثالثة من قانون الوقف ، وهذا نصها :

« سماع الإشهاد المشتمل على الحرمان الوارد بالفقرة الأولى من المادة ٢٧ وسماع الإشهاد بالرجوع فى الوقف الصادر قبل العلم بهذا القانون ، أو التغيير فى مصارفه من اختصاص هيئة التصرفات بالمحكمة التى بدائرتها أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة دون غيرها » .

« وتدعو المحكمة فى الحال الأولى من يراد حرمانه ، وفى الحالة الثانية جميع المستحقين فى حياة الواقف ، ومن يستحقون بعده مباشرة بمقتضى نص كتاب الوقف أو إشهاد التغيير لسماع أقوالهم » .

ويستفاد من هذا النص أن هيئة التصرفات هى المختصة بسماع هذا الإشهاد ونحوه لأن الدواعى إليه وموضوعه مما يحتاج إلى تقدير . وتطبيق قانونى ، فلابد أن تنظره هيئة تطبيق القانون على الوقائع وتبين مقدار انطباقه عليها .

وإنه لكى يكون التقدير صحيحا ، والقرار سليما لابد من سماع المحرومين ليدافعوا عن أنفسهم ، ويبينوا البواعث فيما فعلوا أو يفعلون . وعسى الواقف يشكو عقوقا وهو القاطع لرحمه النابذ لولده ، وعساه يكون المؤذى لهم ، وهذا يحتاج إلى نظر وتقدير ، ورد الحق إلى نصابه . ووزن الوقائع بميزان صادق سليم ، وهيئة التصرفات كفيلة بذلك . وقرارها مهما كان فى هذا الشأن بالرفض أو القبول قابل للاستئناف ، وهذا ما اشتملت عليه الفقرة الثانية

من المادة الرابعة وهذا نصها : « وقرار هيئة التصرفات الصادر بسماع أو رفض الإشهاد الذى تختص بسماعه يكون من التصرفات التى يجوز استئنافها » وقبول هذه القرارات للاستئناف هو المعقول ، لأنه هو الذى يتفق مع موضوع الحرمان وأسبابه وبواعثه ، ومقدار أثرها ، فإن هذا كله من المسائل التى يختلف فيها التقدير والأنظار ، وتتجاذبها أوجه النظر المختلفة ، وما يكون له ذلك الشأن تكون القرارات فيه ابتدائية قابلة للاستئناف وليست نهائية .

٢٤٢ ــ ويجب أن يلاحظ أن الحرمان قد يصدر عند إنشاء الوقف باتا جازما غير معلق على فعل ولامقيد بشرط ، لأن البواعث عليه قد وقعت ، كأن يثبت الواقف أن أحد أولاده ذو ثروة ضخمة وهو قادر والباقون ذرية ضعاف ، وأنه يقف عليهم ليكون ذلك معينا لهم فى ضعفهم ، ويحرم الكبير لقدرته وفضل ثروته ، فإن المعقول أن المحكمة تجيز تصرفه ، ولو كان مصدر الثروة كدحه وكده ، أو فضل مال جاء إليه من أمه أو غيرها ، لأن الباعث هو استغناء المحروم استغناء بينا بحيث يكون هذا الاستحقاق شيئا قليلا بجوار ثروته الواسعة الكبيرة ، وحاجة من يريد قصر الاستحقاق عليه لضعفه وفقره وعدم اتساع الثروة للجميع .

وكما يصدر الحرمان باتا إن أقرته المحكمة قد يصدر معلقا على شىء فيعلق الحرمان على غنى المستحق ، أو يقيده بموته وبعض ورثته صغير ، وجواز اشتراط الحرمان صرحت به المادة ــ ٢٧ ــ فهى تقول :« للواقف أن يحرم ... أو أن يشترط فى وقفه الحرمان » .

ولكن هل له فى هذه الحال أن يشترط على ابنه لأجل استحقاقه فى وقفه ألاَّ يتزوج أجنبية أو على ابنته ألاَّ تتزوج شخصا معينا ، إننا نرى كما أشرنا أنه فى هذه الحال يتعارض مع ظاهر النص فى المادة ٢٢ فإنها تنص وبشكل خاص على بطلان شرط الواقف إذا قيد حرية المستحق فى الزواج أو الإقامة أو الاستدانة . وإذا كنا نسوغ ذلك الاشتراط بمقتضى المادة ٢٧ فإننا نهمل إهمالا ظاهرا المادة ٢٢ إذ تنص على الزواج بشكل خاص .

ولايتعارض القول مع ما قلنا سابقا ، فإننا سوغنا الحرمان البات إذا وقع الزواج فعلا ، وثبت أنه أضر بالواقف ، وأضر بأسرته ، أو كان فيه مجلبة شر للوطن فإن الضرر قد بدا للعيان ، فسوغنا الحرمان كارهين متأولين محملين اللفظ أثقالا من المعانى ، ولم نر بعده معارضة للمادة ٢٢ لأنها فى شأن اشتراط الحرمان ، أما إذا كان اشتراطه فهو يعارض فيه منطوق المادة ٢٢ ، والأمر فى هذا موضع نظر وتقدير أمام المحكمة .

٢٤٣ ــ وإذا زال السبب الموجب للحرمان ، أيعود الاستحقاق أم لايعود ؟ فإن كان سبب الحرمان أن المحروم ذو ثراء كبير، وأن الباقين صغار ضعاف لامال لهم ، فلم يمت الواقف إلا بعد أن كبر الصغار ، واستغنوا بأنفسهم أورزقهم الله من حيث لايحتسبون ، وصاحب ذلك أن ذهبت الثروة ممن حرموا من الوقف بسببها ، ومال الله غاد ورائح ، فقد ينقلب الأغنياء فقراء وينقلب الفقراء أغنياء . فهل فى هذا الحال للمحروم أن يطالب باستحقاقه ؟ وأن يلغى نص الحرمان الذى اشتمل عليه كتاب الواقف لزوال السبب الذى من أجله كان الحرمان ؟ .

ذلك هو العدل فى ذاته لأن الأمور مسندة إلى أسبابها فإن كانت الأسباب قابلة للزوال وزالت ، زال ما ترتب عليها ، وفوق ذلك فهذا نص الفقرة الأخيرة من المادتين ٢٥ و ٣٤ تقول« ويعود إلى المحروم نصيبه متى زال سبب الحرمان » فهذا النص يدخل فى عمومه هذه الحال التى تبينها تلك الفقرة .

وعلى ذلك إذا كان قد حرم ابنه لأنه متزوج بأجنبية ومقيم ببلادها ، وأن فى إعطائه استهلاكا لمال مصر فى خارجها ، فافترق عن الأجنبية ، أو فرق بينهما الموت ، وعاد إلى بلاده وأقام بها ، فإن سبب الحرمان يكون قد زال ، ومن حقه أن يطالب بإلغاء النص الذى اشتمل على حرمانه من الاستحقاق .

وإذا حصل نزاع حول تحقق شرط الحرمان بعد أن أقرت اشتراطه هيئة التصرفات أو ما يقوم مقامها الآن ، ما دام الشرط فى غير الزواج والإقامة

أو الاستدانة الذى يفصل فى ذلك النزاع هو المحكمة القضائية ، ولا ولايعرض على محكمة التصرفات ، لأن اختصاصها إنما هو فى مباشرة التصرفات الخاصة بالوقف عند إنشائها ، والإشهاد عليها ، والنزاع فى تحقق الشرط وعدم تحققه ليس من هذا فى شىء ، إنما هو وقائع تعطيها حكمها المحكمة القضائية التى تعطى الوقائع أحكامها » .

« وكذلك إذا حصل نزاع فى المعنى الذى ذكرناه ، وهو زوال السبب الموجب للحرمان أو بقاؤه ، فإن محكمة التصرفات لاتنظر فيه إنما تنظر فيه المحكمة القضائية ، لأن التصرفات أبرمت الوقف ، وهو عملها فى هذا النظام ، وإذا حصل نزاع فى تطبيق كتاب الوقف على الوقائع ، فإن ذلك يكون من اختصاص المحكمة القضائية صاحبة القول الفصل فى تفسير شروط الواقفين وتطبيقها وبيان مداها وتحققها فى الواقع أو ابتعاد الواقع عنها .

— هذا هو البيان الخاص بحق الواقف فى حرمان المستحقين استحقاقا واجبا واشتراط الحرمان ، سواء أكان ذلك فى القاعدة العامة التى تقررها الفقرة الأولى من المادة ٢٧ أم فى حال الواقفة إذا كانت زوجة كما بينتها الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة .

ولنا أن ننظر إلى القانون من ناحية فقهية ناقدة : هى أن استحقاق أصحاب الاستحقاق الواجب مبنى على حقهم الذى قرره الشارع لهم فى الميراث ، فقد حافظ القانون على حقهم فى الثلثين إذا كان الورثة جميعا من أصحاب الاستحقاق الواجب ولم يسوغ للواقف محاربة ميراث هؤلاء وكان حقا على واضع القانون أن يحترم قواعد الميراث احتراما تاما بالنسبة لهؤلاء الذين حمى ميراثهم ، واعتبر الوقف بالنسبة لهم كالتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، وإن خواص الميراث أن الملك فيه ليس اختياريا من جهة المورث ، فليس له أن يحرم بعض الورثة من ميراثه لأى سبب كان إلا ماقرره الشارع من تلقاء نفسه من حرمان القاتل من الميراث ونحوه ، من غير حاجة إلى تقرير

الحرمان من المورث ، وعلى ذلك يكون حرمان المستحق واجبا من استحقاقه ، بالأحرى من ميراثه إذا وجدت بواعث قوية تقدرها المحكمة ، أو تزوج غيرها أو طلقها حكما لايسير على منطق الميراث بل يناقضه ، ويناقض القضية التى قررها من أن الوقف الأهلى يأخذ حكم الوصية بالنسبة لأصحاب الاستحقاق الواجب ، ولايأخذ معنى التصرف المنجز الذى يكون الواقف حرا فيه تمام الحرية .

وبذلك يحكم الاستحقاق الواجب فى الوقف بمنطق متضارب من عدة نواح، فهو أولا سار على قواعد الميراث بالنسبة لبعض الورثة دون بعض ، واعتبر الوقف كالوصية فى حال ، وكتصرف منجز فى حال ، وأعطى المستحقين استحقاقا واجبا نصيبهم ميراثا ، ولم يسر معهم على قواعد الميراث .

٢٤٤ — وإذا حرم بعض المستحقين استحقاقا واجبا من الاستحقاق بمبررمن المبررات القانونية سواء أكانت خاصة ، وهى حرمان الزوج إذا تزوج بغير الواقفه أو طلقها ، أم كانت مبررات عامة تقدرها هيئة التصرفات أو ما حل محلها الآن فانه يكون كما كان ميتا ، ويوزع الاستحقاق على فرض أنه غير موجود ، وذلك أنه كنص الفقرة الثانية من المادة ٢٥ ، وهى« أن يعتبر المحروم فى حكم من مات فى حياة الواقف بالنسبة لما حرم » وكذلك نص الفقرة الأولى من المادة ٣٤ وهى« يكون حكم نصيب من حرم الاستحقاق أو بطل استحقاقه لرده حكم نصيب من مات ».

فالمادتان متلاقيتان فى الدلالة على ذلك الحكم ، وإن كانت المادة ٣٤ عامة لكل المستحقين استحقاقا واجبا أو غير واجب ، والمادة ٢٥ مقصورة على المحرومين بمقتضى المادة ٢٧ كما يدل على ذلك مصدرها .

وإذا كان المحروم فى حكم المعدوم بحيث لايكون له وجود معتبر فإنه يوزع ربع الثلثين على فرض أنه غير موجود وقت الاستحقاق ، فلو كان للواقف عشرون ومائة فدان وقف منها على جهات البر أربعين ، والباقى هو

ثمانون فدانا ، وله زوجة وأم وأب وابن حرمه الواقف لسبب أقرته عليه هيئة التصرفات أو مايقوم مقامها فإن ريع الثمانين فدانا يكون بين الزوجة والأب والأم ، على أنه لايستحق استحقاقا واجبا أحد سواهم ، وهم على ذلك يكونون وحدهم المستحقين لريع الثمانين فيكون للزوجة ربعه بفرض أن الابن المحروم كأنه مات فى حياة الواقف ، والأم ثلث الباقى ، وهو يساوى نصيب الزوجة ، والأب الباقى وهو يساوى النصف ، لأنه إن فرض الابن ميتا فى حياة الواقف يكون التوريث على ذلك الشكل فيكون الاستحقاق الواجب على ذلك النحو أيضا ، وهو صريح القانون ، وصريح المذكرة ، فقد جاء فيها ما نصه : — « ومن حرم حرمانا قانونيا من كل نصيبه الواجب له اعتبر ميتا فى حياة الواقف بالنسبة لهذا النصيب جميعه ، فلا يعتبر موجودا بين الورثة أصلا ، ومن حرم من بعض النصيب اعتبر موجودا بالنسبة لما لم يحرم منه وميتا فى حياة الواقف بالنسبة لما حرم منه ، فيضم ماحرم منه إلى ما يستحقه الآخرون ويوزع الجميع عليهم بنسبة أنصبتهم » .

٢٤٥ — ومقتضى الجزء الأخير من هذا الكلام أنه إذا أدى تحقيق الهيئة إلى حرمان المستحق من بعض استحقاقه لا كله ، أو كانت هذه إرادة الواقف من أول الأمر ، وأيدته المحكمة فى نظره فانه يعتبر ميتا فى حياة الواقف بالنسبة للجزء الذى بقى له ، ويقتضى هذا أن تحل المسألة حلين لكى نستخرج حصته فى الاستحقاق ، وحصة الباقين ، ففى المسألة السابقة ، وهى ما إذا كان للواقف أب وأم وزوجة وابن قد تم حرمانه من نصف نصيبه وكان الثلثان أربعين ومائتى فدان ، فإننا نحل المسألة أولا حلا لاستخراج ما يأخذه الابن ، فإن الزوجة تأخذ الثمن والأب السدس والأم السدس . والباقى ، وهو ١٣٠ فدانا يستحق الابن ريع نصفها ، وهو ريع ٦٥ فدانا ثم بعد ذلك تحل الحل الثانى فنقسم ريع(٢٤٠—٦٥) ١٧٥ فدانا على الزوجة والأب والأم وكأنه لايستحق أحد سواهم استحقاقا واجبا ، فيكون للزوجة ربع الريع ، وللأم ثلث الباقى وللأب الباقى كاملا .

هذا هو تفسير منطوق القانون ، وتفسير منطوق المذكرة التفسيرية ، وإن كانت دقيقة عند ماقالت أن الباقى ينضم إلى حصة الاخرين ، ويوزع بنسبة

حصصهم لأن ذلك لايكون بفرض الوفاة ، إنما فرض الوفاة يقتضى حتما أن يوزع الاستحقاق من جديد على فرض الوفاة فى الباقى بعد النصيب .

سقوط الاستحقاق الواجب

٤٢٦ — يسقط الاستحقاق إذا رضى المستحق بعد وفاة الواقف بذلك كتابة أو ترك المطالبة بحقه سنتين شمسيتين ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٣٠ ، وهذا نصها :

« ولايتغيرشىءمن الاستحقاق إذا لم يرفع المحروم الدعوى بحقه مع التمكن وعدم العذر الشرعى سنتين من تاريخ موت الواقف ، أو رضى كتابة بالوقف بعد وفاة الواقف ، وينفذ رضاه بترك بعض حقه ، ولا يمس ذلك ما بقى منه » وقد قالت المذكرة التفسيرية فى هذا المقام مانصه :

« ويسقط حق صاحب النصيب الواجب فى الاعتراض على الوقف ، والمطالبة بتوزيع الاستحقاق طبقا لهذه الأحكام فى حالين :

الأولى — إذا لم يرفع الدعوى بحقه مع التمكن وعدم العذر الشرعى فى خلال سنتين شمسيتين من تاريخ موت الواقف ، ومن الواضح أن الأمر موكول إلى تقدير المحكمة .

الثانية — إذا رضى بالوقف ولايكون هذا الرضا معتبرا إلا اذا حصل بعد وفاة الواقف ، وهو الوقت الذى كان يثبت فيه حقه فى الإرث لولم يقف الواقف هذه الأعيان ، وكان الرضا كتابة ، فلا عبرة بالرضا الشفوى ، ويكفى فى كتابة الرضا أى كتابة ، رسمية كانت أو عرفية مكتوبة كلها بخطه أو غير مكتوبة كذلك .

والرضا مما يتجزأ فللمحروم أن يرضى بترك جميع مايستحق ، وله أن يرضى بترك بعضه ، فإذا ترك بعض حقه فقط فإن ذلك لايمس مابقى منه ، فإذا طالب بباقيه فى المدة المعينة كان له ذلك ، ويعطى من نصيبه هذا القدر فقط ويوزع ما عداه على الباقين بالنسب المذكورة .

ترك المطالبة بحقه مع التمكن وعدم العذر سنتين شمسيتين ، لأن الاستحقاق الواجب لايئول من تلقاء نفسه ، كما بينا ، والمطالبة المراد بها المطالبة القضائية ، برفع الدعوى عند وجود مقتضياتها ، بأن كاشف ناظر الوقف بحقه فأنكره عليه فإنه يكون من الواجب عليه حينئذ أن يرفع الدعوى ، فإن سكت رجاء التسليم من غير مقاضاة فلأمد محدود ، ويتعين عليه رفع الدعوى إن طال الأمد فإن لم يرفع مع طول الأمد وذهاب الرجاء يسقط حقه وقدر ذلك بسنتين شمسيتين .

وإن لم توجد مقتضيات للخصومة ، بأن سلم له الناظر بحقه فى الاستحقاق ، ولم ينازعه وتناول الريع أو بعضه فلا يعد سكوته فى هذه الحال تركا للمطالبة ، لأن سبب السكوت هو أنه لم يكن ثمة مقتض ، ولم يكن داع إليها ، فلا يعد تاركا للحق ، أو غير معترض على الحرمان .

وإنه قد يوجد المقتضى للمطالبة فى بعض الحق لافى كله . كأن يسلم له الناظر بحقه فى أصل الاستحقاق ، وبطلان الحرمان المطلق ، ولكنه ينازعه فى مقدار الاستحقاق ، فإنه إن سكت مدة السنتين المذكورة من غير المطالبة القضائية بحقه الكامل يسقط حقه فى القدر المتنازع فيه ، ويثبت فيما سلم له فيه ، لأنه إذا كان عدم الاعتراض فى مدة سنتين يسقط الحق كله ، فبالأولى يسقط بعضه إن ترك المطالبة به ، والاعتراض عليه ، فما يسقط الكل يسقط البعض بطريق الأولى .

٢٤٨ — ويشترط لسقوط حق المحروم فى الاستحقاق بترك المطالبة مدة سنتين : (١) أن يكون فى هذه المدة متمكنا من رفع الدعوى بأن تكون قد وجدت المسوغات للرفع بمنازعته فى حقه وترك المطالبة مدة السنتين (٢) وأن يكون سكوته عن المطالبة بغير عذر شرعى ، فإذا كان مسافرا فى وقت وفاة الواقف ولم يعلم بالوفاة إلا بعد أمد طويل ، ولم يكن فى قدرته أن يعلم قبل ذلك فإن مدة الجهل لاتحتسب لأنه فى هذه المدة كان سكوته بعذر شرعى مقبول ، وإن حدث فى أثناء المدة ما منعه من رفع الدعوى ، وكان حائلا بينه وبين رفع الدعوى اعتبر ذلك عذرا ، ولا تحتسب المدة إلا من وقت زواله .

— ونرى من هذا أن الاستحقاق الواجب لايئول إلى المستحق كما يئول الميراث من غير مطالبة ،بحيث يثبت الحق فيه بمجرد الوفاة كالميراث ، بل إنه لايثبت إلا بالمطالبة وإن كان الميراث هو سبب هذه المطالبة ، بل إن المذكرة سمت حق الاستحقاق الواجب — حق الاعتراض على الوقف ، كأنه حق ثبت لدفع ضرر الحرمان ، ولايثبت إلا باعتراض على الوقف ، وبغير ذلك الاعتراض لايثبت ، ويتقرر الوقف إذا ترك الاعتراض سنتين كاملتين من وقت الوفاة ، ثم هو حق اختيارى يسقط بالرضا بما وقع ، ولكن الرضا لايسقط ذلك الحق إلا إذا كان بعد وفاة الواقف ، لأنه وقت وجود سبب الحق وهو الميراث ،لأن سبب الحق فى الاستحقاق الواجب هو كون الشخص وارثا للواقف ولايتحقق كونه وارثا إلا بعد وفاته ، فقبل الوفاة سبب الوجوب لم يتحقق ، ومن المقرر فقها أن إسقاط الحق لايكون إلا بعد وجود الحق ولاوجود له قبل وجود سببه .

ولاعبرة أيضا بالرضا بإسقاط حقه بعد المطالبة ، لأنه بالمطالبة به والاعتراض عليه يتقرر استحقاقه ، والاستحقاق فى الوقف بعد قبوله والمطالبة يكون كالميراث لايقبل الإسقاط ، وقد أيدت ذلك المادة ٢٠ ففيها ما نصه :

« يبطل إقرار الموقوف لغيره بكل أو بعض استحقاقه ، كما يبطل تنازله » وعلى ذلك فوقت الرضا هو ما بعد الوفاة .

ولايكتفى فى الرضا بمجرد القول ، بل لابد من أن يكون بالكتابة لكيلا تجرى فيه المشاحة ، ويفتح الباب لتقول الأقاويل والبينات الكاذبة ، ولم يقيد القانون الكتابة بشكل معين فتبقى على إطلاقها ، فإذا ثبت الرضا بكتابة رسمية أو غير رسمية ، مكتوبة كلها بخط الشخص وعليها توقيعه ، أو عليها توقيعه فقط ، والشرط هو ما يشترط فى كل كتابة ، وهى أن تكون خالية من شبهة التزوير فمتى خلصت من ذلك فهى مقررة الرضا كافية لإثبات وجوده وتحققه .

٢٤٧ — وقد اعتبر القانون الوقف قد تقرر مع حرمان المستحق إذا

وإن المحكمة العادية هى التى تقدر الأعذار وقوتها ومداها ، ولكل حال شأنها وحكمها ، والأعذار كثيرة ، وباب التقدير فيها متسع ، فإذا كان المستحق المحروم قاصرا والقيم عليه هو الناظر ، ولم يعطه حقه ، أو القيم عليه غيره ، وقصر ولم يطالب ، فإن ذلك بلاشك يعد عذرا ، لايسقط معه الحق فى الاستحقاق بترك المطالبة سنتين .

وإذا رفعت الدعوى فإن الحق لايسقط ، ولو استمر نظر الدعوى سنين ، لأن المطالبة هى الشرط ، وقد تحقق ، فلا يؤثر مضى المدة فى الدعوى .

ولاشك أن المطالبة القضائية هى التى تكون أمام جهة الاختصاص التى عينها القانون وهى المحكمة التى يقع فى دائرتها أكثر العقار ، فلو رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة لاتثبت بذلك المطالبة القضائية الحق ، لأن المحكمة غير المختصة معزولة بحكم التعيين من النظر فى غير ما خصص لها ، والتقاضى بين يديها تقاض بين يدى قاض معزول عن النظر ، فلا تعد المطالبة قانونية قضائية .

٢٤٩ ـــ والرضا الكتابى الصريح ، أو الرضا الضمنى بالسكوت عن المطالبة مع التمكن وعدم العذر المقبول يسقط اعتراض المستحق المحروم ، ولكنه لايسرى على ذريته ، لأن الرضا بأمر لايسقط حق غيره ، لأنه ليس له عليه ولاية إسقاط حقوقه ، وعلى ذلك لو حرم مستحقا هو وذريته أو هو وحده فلم يطالب أو رضى كتابة لايسقط حق ذريته فى المطالبة .

وكان فى المشروع عند تقديمه النص على حرمان الذرية إذا رضى المحروم صراحة أو ضمنيا بسقوط حقهم ، لأن ذريته يتلقون عنه ، فإذا تقرر الحرمان لم يوجدما يتلقونه فيسقط حقهم هم أيضا ، أو بعبارة أدق ، لايثبت لهم أى حق ، وقد كان فى المشروع بالبناء على ذلك ـــ هذا النص :

« لاتطبق المادة ٢٤ و ٣٠ و ٥٦ بالنسبة للمحروم وذريته إذا رضى

المحروم كتابة بالوقف بعد وفاة الواقف ، أو تصالح مع المستحق على ترك حقه ، أو لم يرفع الدعوى بحقه مع التمكن وعدم العذر الشرعى فى مدة سنة شمسية من تاريخ موت الواقف وكل ما يسرى على المحروم فى الأحوال المبينة بهذه المادة يعتبر ملزما لذريته » ولكن مجلس الشيوخ رفع المدة إلى سنتين ، وحذف كلمة الذرية .

٢٥٠ ــ وإذا كان المستحق استحقاقا واجبا قاصرا وحرم من استحقاقه وترك الولى عليه المطالبة مدة السنتين اللتين تليان الوفاة فإن حق القاصر لايسقط إذ يعتبر ذلك عذرا شرعيا ، كما بينا آنفا ، ولأن الترك يعتبر رضا ضمنيا بالحرمان وليس للولى أن يرضى بحرمان القاصر ، والإقرار لايسوغ من الولى على القاصر، ومن جهة أخرى فالإقرار حجة قاصرة لاتتعدى المقر إلى غيره ، ولو كان فى ولايته ، إذا صح أن نعتبر الرضا تبرعا بغير عوض ، فهذا تصرف ضار بالقاصر ضررا محضا ، والتصرفات التى تكون على هذا النحو باطلة بالنسبة للقاصر .

وإذا كان الرضا الصريح من ولى القاصر بعوض ، فإنه يسوغ إذا كان فى ضمن حدود ولايته ، ولم يكن فيه غبن فاحش على القاصر ، أما إذا لم يكن فى حدود ولايته أو كان فيه غبن فاحش فإنه لايكون صحيحا نافذا ، ولايسقط به حق الصغير .

٢٥١ ــ وإذا تقرر حرمان من حرمه الواقف بأن رضى بالحرمان صراحة بالكتابة أو ترك المطالبة القضائية بحقه سنتين شمسيتين مع التمكن وعدم العذر الشرعى المقبول ، فإنه يكون كما لو رد نصيبه ولم يقبله ، وتطبق عليه المادة ٣٤ ، ولايتغير شىء من الاستحقاق كما نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة ٣٠ .

٢٥٢ ــ هذا حكم المحروم إذا ترك حقه ولم يطالب به ، أو رضى بالحرمان . أماإذا اعترض على الحرمان ونازع فيه وحكم باستحقاقه ، فقد بينت ذلك الفقرة الأولى من المادة ٣٠ وهذا نصها :

« وإذا حرم الواقف أحدا ممن لهم حق واجب فى الوقف بمقتضى أحكام هذا القانون من كل أو بعض ما يجب أن يكون له فى الوقف أعطى كل واحد من هؤلاء حصته الواجبة ووزع الباقى على من عدا المحروم من الموقوف عليهم بنسبة مازاد فى حصة كل منهم إن كان من ذوى الحصص الواجبة ، وبنسبة ما وقف عليهم إن كانوا من غيرهم .

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه :

« إذا حرم الواقف أحدا ممن لهم حق واجب فى الوقف بمقتضى أحكام هذا القانون من كل أو بعض ما يجب أن يكون له فى الوقف أعطى كل واحد من هؤلاء حصته الواجبة ووزع الباقى على من عدا المحروم من الوقف عليهم بنسبة ما زاد فى حصة كل منهم إن كانوا من ذوى الحصص الواجبة ، وبنسبة ما وقف عليهم إن كانوا من غيرهم » .

فإذا كان محمد يملك ١٢٠ فدانا وله زوجته فاطمة وعلى ابن ابنه وإحسان بنت بنته اللذين توفيا فوقف أرضه جميعها ، على فاطمة أربعين فدانا ، وعلى على أربعين فدانا ، وعلى إحسان أربعين فدانا ، ثم تزوج بعد ذلك دولت وولد له منهافايزة ، ثم توفى ووقفه على حاله لم يغيره ، وكان هؤلاء جميعا موجودين حين موته وكانت زوجته دولت ، وبنته فايزة محرومتين وهما من ذوى الأنصباء الواجبة ، فيجب لهم فى الوقف حصة بمقدار ما يجب لهم بمقتضى المادة ٢٤ مع مراعاة المادة ٢٩ ، فيكون لدولت استحقاق فى خمسة أفدنة هو نصف ثمن الثلثين ويجب لفايزة ٢٣ $\frac{١}{٣}$ ثلث الباقى من الثلثين ، وهو القدر الذى يجب لها على فرض وجود أختها المتوفاة حين وفاة الواقف ، والواجب لعلى هو ثلث الباقى ، فيكون الزائد فيما جعل له عن الواجب له هو ١٦ $\frac{٢}{٣}$ والزيادة فى نصيب فاطمة ٣٥ فدانا وإحسان غير وارثة ونصيبها أربعون فيقسم ما زاد عن الوقف عن نصيب على وفاطمة ودولت وفايزة وهو ٦٣ $\frac{١}{٣}$ ، فيقسم على فاطمة وعلى إحسان بنسبة ٣٥ : ١٦ $\frac{٢}{٣}$: ٤٠ وما أصاب كل واحد منهم استحقه » .

٢٥٣ ـــ ويستفاد من هذا أن ماحرم يأخذ حصته الواجبة ، فإن لم يبق شيء بعدها لايتغير شيء ، إلا أنه يأخذ المحروم حصته من الثلثين ، فإذا كان الواقف له ابن وزوجته ، ووقف الثلث على الجمعية الخيرية الإسلامية والثلثين على زوجته وحرم ابنه ، فإن ربع الثلث ينفذ للجمعية الخيرية ، والثلثين يكون للزوجة فيها ثمن ربعها فقط ، وللابن الباقي .

وإذا وقف خمسة وأربعين فدانا للجمعية ، ومثلها لإحدى بنتيه ، وذلك كل تركته وحرم ابنته الأخرى وكان ورثته هم هؤلاء ، وأخته الشقيقة فإن ابنته الأخرى المحرومة تستحق ربع عشرين فدانا ؛ والبنت التى لم تحرم تستحق مثلها .

والباقى هو خمسون فدانا يوزع على الجمعية ، وما زاد فى الوقف للاختيارى للبنت الموقوف عليها عن حقها الواجب وذلك القدر هو ٢٥ فدانا الباقية تكون بنسبة ٤٥ : ٢٥ .

ـــ هذه نظرات ألقيناها على الاستحقاق الواجب الذى جاء به قانون الوقف المنظم لأحكامه ، وقد ذكر هذا القانون أن مواد الاستحقاق الواجب تطبق على نوعين من الأوقاف :

(**أولهما**) الأوقاف الصادرة بعد العمل بهذا القانون فيما عدا ما استثنته المادة ٦١ وهى الأوقاف الصادرة من الملك والأوقاف التى يديرها ديوان الأوقاف الملكية .

(**ثانيهما**) الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون إذا كان واقفوها أحياء عند صدوره ، وكان لهم حق الرجوع فيها بمقتضى المادة ١١ من هذا القانون لأن الأوقاف التى يجوز فيها تكون كالأملاك الحرة ، فيجرى فيها من القيود ما يجرى فى تلك الأملاك .

هذا ما عنّ لنا إبداؤه فى هذا النظام .

بقاء الاستحقاق الواجب وإعادة الوقف على النفس

٢٥٤ ــ جاء القانون رقم ١٨٠ فألغى الوقف على الذرية إلغاء تاما ، ولكن مع ذلك بقى الاستحقاق الواجب ، إذ لم يوجد من القوانين ما يمسه ، فإن حق أصحاب الاستحقاق يجب أن يكون ثابتا بالنسبة للوقف على الخيرات ولكنه يكون ملكا .

وقد جاء أخيرا قانون يخيز الوقف على النفس ، وهو القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٠ م ، وهذا نصه :

باسم الأمة ــ رئيس الجمهورية

بعد الاطلاع على الدستور المؤقت ، وعلى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م الخاص بأحكام الوقف والقوانين المعدلة له .

وعلى القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١م بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها .

وعلى القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩م بشأن تنظيم وزارة الأوقاف ولائحة إجراءاتها .

وعلى ما ارتآه مجلس الدولة .

قرر القانون الآتى

مادة ١ــ يجوز للمالك أن يقف كل ماله على الخيرات ، وله أن يشترط لنفسه الانتفاع بالريع كله أو بعضه مدى حياته ، وإن كان له وقت وفاته ورثة من ذريته وزوجته أو أزواجه أو والديه بطل الوقف فيمازاد على الثلثين ، وتكون العبرة بقيمة ثلث مال الواقف عند موته ، ويدخل فى تقدير ماله الأوقاف التى صدرت منه قبل العمل بهذا القانون إلا إذا كانت أوقافا ليس له الرجوع فيها .

ويكون تقدير مال الواقف من اختصاص لجنة شئون الأوقاف

المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩م المشار إليه ، وبناء على طلب ورثته ، ويكون قرارها فى ذلك نهائيا ، فإذا قام نزاع بشأن صفة الوارث واستحقاقه كان لكل ذى شأن أن يلجأ إلى القضاء للفصل فى النزاع .

وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات تقديم الطلبات من الورثة .

مادة ٢ — تلغى المادة ٢٣ — من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م ، ويلغى كل نص يخالف حكم هذا القانون .

ويفهم من هذا القانون أربعة أمور :

أولها : جواز اشتراط الريع كله أو بعضه لنفسه مدى الحياة ، وبعبارة أعم أعيد الوقف على النفس .

ثانيها : أنه صار لأصحاب الاستحقاق الواجب ملك بمقدار ميراثهم غير مقيد .

ثالثها : أن الوقف يبطل بعد صدوره صحيحا إذا تبين أن الوقف كان أكثر من ثلث ماله عند الوفاة .

رابعها : أنه لايجوز الحرمان المشتمل عليه القانون السابق ، لأن ذلك ميراث ، وليس تحويلا للاستحقاق .

خامسها : أنه لايجوز أن يقيد الملك بالحياة .

وإن فى عبارة القانون إبهاما ، لأنه يقول إذا كان له ذرية وارثة أو الأبوان ، فإن الوقف يبطل فيما زاد على الثلث ، والعبارة بعمومها يفهم منها أن الوقف يبطل فى الزائد ولو كانت الذرية أو أحد الأبوين لاتستغرق كل الثلثين ، ولكن الواضح من الغرض من القانون وباعثه أن يبطل ما يمنع هؤلاء من أخذ ميراثهم كاملا من الثلثين ، ومع ذلك فإن عبارة القانون تتقاصر عن أداء هذا المعنى .

والآن وقد انتهينا من الأطوار التي مر بها الوقف على الذرية في مصر وبعض البلاد العربية لابد من دراسة أمرين :

أحدهما : ترتيب الاستحقاق في الوقف على الذرية ، فإنه لايزال قائما في بعض البلاد العربية ، وفوق ذلك فإن القانون ١٨٠ الذى ألغى الوقف الأهلى جعل الاستحقاق ملكا ، فالملكية مبنية على الاستحقاق ، ولابد لإثباتها من إثبات الاستحقاق ، والخصومات الآن دائرة في الحكم على أساس ذلك فلابد من بيانه .

ثانيهما : الولاية على الوقف .

الاستحقاق في الوقف الذرى ، أو الأهلى

٢٥٥ — انتهينا إلى أن جمهور الفقهاء يرون جواز الوقف على الذرية ، وأن ذلك ثابت في كل المذاهب الإسلامية المشهورة المعتبرة ، وأن الوقف على الذرية قد يكون على ذريته هو« أى الواقف » وقد يكون على ذرية غيره والحكم واحد ، وأن الأكثر الشائع أن الوقف يكون على ذريته هو لحرصه على أن يكون الوقف بين أهله وذريته ، وإن تجاوز الوقف على ذريته في بعض الأحيان فإنه يكون على ذرية إخوته أو أحد أقاربه ، أو عتقائه .

ولقد تكلموا في ترتيب درجات الذرية وطبقاتها ، وفصلوا القول في ذلك تفصيلا كبيرا ، وقد اتفقوا في أكثر مسائل هذا التفصيل ، واختلفوا في جزئيات ضئيلة ، وأن الأخذ بأى مذهب في هذه التفصيلات يصور سائرها .

وإنا نختار لذلك المذهب الحنفى ، لأنه كان المعمول به في أكثر الأقاليم العربية ، بل في أكثر البلاد الاسلامية ، فمسلمو الصين والهند ، وباكستان ، ومصر وسوريا ولبنان والعراق كانوا يأخذون به .

٢٥٦ — وعند الكلام في هذا التفصيل نذكر وقف الإنسان على أولاده أو أولاد غيره ، إذا ذكر طبقة واحدة أو طبقتين .

الوقف على الأولاد

الوقف على الولد بلفظ المفرد :

٢٥٧ ـــ إذا ذكر الواقف طبقة واحدة بلفظ المفرد ، كأن يقول وقفت على نفسى ، ومن بعدى على ولدى ثم على الفقراء أو على مسجد الحى ، أو جماعة من جماعات البر فإنه فى هذه الحال ينفرد بالاستحقاق من يكون موجودا من أولاده سواء أكان واحدا أم أكثر من ذلك ذكرا أو أنثى . وإذا ولد له بعد ذلك ولد يدخل فى الاستحقاق ، لأنه من المقررات اللغوية أن المفرد المضاف يعم ، فكلمة ولدى مضافة إلى المتكلم فتعم كل من يولد ، وكلمة ولد فلان فى اللغة أيضا تعم فإذا قيل ولد فلان شمل كل أولاده فإذا انقرض أولاده ذهب إلى الفقراء ، فإن ولد له بعد ذلك ، فإن الاستحقاق يعود له .

ولاتشمل كلمة ولدى أولاد أولاده ، لأنه اقتصر فى الاستحقاق على طبقة واحدة ، ولم يوجد نص أو شرط يدخل أولاد الابن ، ولااستحقاق من غير نص أو شرط ، ولأن الولد المضاف إلى الشخص حقيقة فى ولده المباشر وولد الابن لايعد ولدا له إلا على سبيل المجاز ، ولايجمع بين الحقيقة والمجاز .

وإذا لم يكن له ولد لصلبه وقت الوقف وكان له ولد ابن ، أو أولاد ابن استحقوا الريع ، ينفرد به الواحد ، ويشترك فيه الأكثر من واحدسواء أكان ولد الابن ذكرا أم كان أنثى ، ويكون الاستحقاق لأولاد الابن دون غيره من أولاد البنات ، أو أولاد أولاد الابن ، فالطبقة الأولى من أولاد الابن هى التى تستحق دون سواها ، وكان ولد الابن له الاستحقاق عند عدم وجود أولاد صلبيين ، لأنه يعتبر ولدا مجازا وقامت القرينة على إرادته ، إذا لم يكن له ولد صلبى ، فلا يمكن إعمال الحقيقة ، وإن لم يستحق ولد الابن كان ذلك إهمالا للفظ ، والإعمال ولو بالمجاز أولى من الإهمال .

وإذا ولد له ولد بعد ذلك عاد الاستحقاق إليه سواء أكان واحدا أم كان

أكثر لأنه الأولى بالاستحقاق ، ولأن لفظ الولد ينصرف إليه على سبيل الحقيقة ، ومتى أصبح استعمال الحقيقة ممكنا فإن اللفظ ينصرف إليه ، ولا يكون لولد الابن استحقاق .

وإذا لم يكن للواقف ولد لصلبه ولاولد ابن قريب وقت الوقف ، وكان له ولد ابن ابن أو أسفل من ذلك ما دام لم تتوسط أنثى ، فإن الاستحقاق ينصرف إليه إلى أن يولد له ولد ، لأنه لم يمكن إعمال الحقيقة ، وولد ابن الابن مهما نزل الابن ولد مجازا ، فينصرف اللفظ إليه إلى أن يوجد له ولد ، فإن الاستحقاق يكون له لأنه أمكن إعمال الحقيقة ، وكذلك إذا وجد ولد ابن أقرب لأنه يكون أولى فى الميراث بسبب القرابة فيكون الوقف كذلك .

والوقف تصرف مستمر ، وما دام كذلك فإن ألفاظه تكون متجددة التفسير ، فتحمل على الحقيقة ما أمكن حملها ، فإذا تعذر الحمل على الحقيقة انصرف إلى المجاز حتى يمكن الحمل على الحقيقة .

وإذا لم يكن له وقت إنشاء الوقف ولد ولاابن من أى طبقة كان ولد الابن ، فإن الوقف يكون منقطع الأول ، ويصرف على الفقراء ، حتى يكون له ولد ، فإن كان له ولد بعد ذلك فإن الاستحقاق يعود إليه .

٢٥٨ ــ هذا كله إذا ذكر درجة واحدة ، وكان ذكر الولد بلفظ المفرد ، فإن ذكر طبقتين بأن يقال وقفت على ولدى وولد ولدى ، فإن الموجود من أى طبقة من هاتين الطبقتين يستحق فى الوقف على حسب شرط الواقف ، واختلف فى دخول أولاد البنات ، فبعض فقهاء الحنفية قال : لايستحقون ، لأن الولد ينسب لأبيه ، لالأمه ، فلا يقال حينئذ أن من تلده البنت يكون منسوبا إليها ، فلا يدخل فى عموم ولد ولده ، وبذلك لايستحق ، وقال آخرون إن ولد البنت يدخل فى عموم ولده ، لأن ابنته وهى ولده قد ولدته بالفعل ، فكانت الحقيقة ثابتة بولادتها له ، وإن كان النسب لأبيه ، والعرف يناديه بأبيه ، ولكن ذلك العرف لايمنع الحقيقة الثابتة ، وهو كون ابنته قد ولدته ، وهذا القول هو الراجح المفتى به فى المذهب، وهو الذى كان معمولا به فى مصر قبل القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢م .

٢٥٩ — وإذا ذكر ثلاث درجات بأن قال على ولدى وولد ولدى وولد ولد ولدى ، فإنه يستحق كل من يكون له من ذرية سواء أكانوا ذكورا أم كانوا إناثا ، وسواء أكانوا من أولاد ولده الذكور أم من الإناث ، وفى دخول أولاد الإناث يجرى الخلاف السابق ، والراجح دخولهم،وإذا انقرضت ذريته آل الاستحقاق إلى جهة البر التى عينها .

وإذا ذكر فى الاستحقاق ولد غيره ، فإن الحكم واحد إذا ذكر طبقة واحدة ، أو اثنتين ، فهو كالحكم فيما لوقال على ولدى ، أو على ولد ولدى ، وكذلك لو قال ثلاث طبقات من أولاد غيره ، فإن ذريته جميعا تستحق على مقتضى شرط الواقف ، بالتسوية أو بالتفرقة فى الاستحقاق .

الوقف بلفظ المثنى :

٢٦٠ — إذا كان وقفه على ولده أوولد غيره بلفظ المثنى ، بأن قال أرضى صدقة موقوفة على ولدَىَّ ومن بعدهما على أولادهما ، وأولاد أولادهما ، ومن بعد انقراضهم يكون لجهة بر ، ثم للفقراء ، أوللفقراء مباشرة من بعد انقراض الذرية ، وفى هذه الحال يستحق الريع كله ولداه إن شرط لهما . وولدا غيره إن شرط لولدي غيره ، واستحقاقهما للريع إذا عينا بالأسماء أو الإشارة أو لم يكن له غيرهما ، وإن لم يعينهما وكان له غيرهما رجع إليه فى البيان إن كان حيا ، وإذا كان قد مات من غير بيان اصطلحوا فيما بينهم على اثنين ، فإن ماتوا من غير اتفاق على اثنين كان ما يستحقه الاثنان للفقراء ، وما يجيء بعد ذلك من الاستحقاق يكون لأولاده الاثنين اللذين يتفقون على تعيينهما . وإلا فمآل الوقف نهائيا إلى الفقراء ، لأنهم المصرف العام لكل وقف .

وإذا وقف على اثنين معروفين ، ومن بعدهما لأولادهما ثم الفقراء ، ومات أحدهما فإن نصيبه يكون للفقراء حتى يموت الثانى ، وحينئذ يئول إلى أولادهما على حسب شرط الوقف ، لأنه ذكر أن استحقاق الريع يكون للأولاد بعد الولدين لابعد موت أحدهما فقط ، وحينئذ يكون نصيب المتوفى قبل أخيه للفقراء ، لأنهم المصرف العام لكل وقف ، ويسمى ذلك الوقف

منقطع الوسط ، وذلك لأن صرف الغلة على الفقراء جاء بعد أن استحق الموقوف عليهما الغلة .

وهذا هو المذهب الحنفى ، أما الشافعى ، فهو أن الغلة تئول إلى فرع من يموت ، ولاتذهب إلى الفقراء ، وقد اختار ذلك القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م كما جاء ذلك فى المادة ـــ ٣٢ ـــ إذ نصت على ذلك الفقرة الأولى منها ، وهذا نصها :

« وإذا كان الوقف مرتب الطبقات لايحجب أصل فرع غيره . ومن مات صرف ما استحقه أو كان يستحقه إلى فرعه » وبذلك لايكون ثمة وقف منقطع الوسط فى هذا الموضع فى القانون المذكور .

الوقف بلفظ الأولاد :

٢٦١ ـــ وإن كان الوقف على الذرية بلفظ الأولاد ، واقتصر على طبقة واحدة ، فإن عينهم بالاسم أو الإشارة ، ثم ذكر من بعد ذلك جهة ، فإن الوقف يكون على هؤلاء المعينين ، ومن بعدهم يكون على جهة القربة المعينة أو يكون على الفقراء ، فإن الوقف يكون على هؤلاء الأولاد المعينين على حسب شرط الواقف ، وإذا ماتوا آل الوقف للجهة المعينة ، ومن مات منهم يكون نصيبه للفقراء حتى ينقرضوا جميعا فيكون للجهة المعينة .

وإذا كانوا غير معينين فقد اختلف الفقهاء فى المذهب الحنفى : أيستحق الوقف على ذريته ، أم يستحق أولاده لصلبه فقط ؟ قال الكثيرون إنه لايستحق إلا أولاده الصلبيون ، ولايشمل كل ذريته ، لأن اللفظ واضح صريح فى طبقة واحدة ، ولاقرينة تجعله يشمل الطبقات كلها . وهذا القول هو الراجح فى ذلك المذهب .

وقال آخر إن الوقف يكون على كل ذريته ، ومن ينتسب إليه ، وذلك مرجوح كما يستفاد من الفتاوى المهدية ، وإذا لم يقتصر على طبقة واحدة استحق كل من ينتسب إليه ، سواء أكان من أولاد البنين أم أولاد الإناث ، قربت الطبقة أو بعدت ، ويدخل فى الاستحقاق أولاد البنات على الخلاف

السابق ، لأن تكرار كلمة الأولاد تدل عرفا على شمول اللفظ لكل من ينتسب إليه أو إلى أولاده .

وإذا ذكر الوقف بلقب أولادى ولم يكن له إلا ولد واحد أيستحق الغلة كلها أم يستحق نصفها ، ويكون النصف للفقراء .

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الولد يستحق الغلة كلها باعتبار أن النسب بالولادة يلغى معنى الجمع ، إذ الغرض أن يعطى من يكون ولدا منسوبا له ، وجعل حق الفقراء بعد ولده ، وقال آخرون يستحق النصف ، لأن لفظ الجمع أقل ما يصدق عليه اثنان فيكون الوقف كأنه ذكر اثنين ، فإذا لم يكن إلا ولد واحد استحق نصف الغلة ، والظاهر هو الأول .

الوقف بلفظ البنين أو البنات :

٢٦٢ ـــ إذا قال الواقف : وقفت على أبنائى ، فإن كان فيهم بنات دخلن فى الوقف لأن كلمة الأبناء تطلق وتشمل الأبناء والبنات من قبيل التغليب ، فإن اسم الذكور يطلق على الإناث والذكور ، إذا اجتمع الصنفان .

وذلك بخلاف ما إذا قال وقفت على بناتى ، وكان له أولاد بنون وبنات فإنه لايدخل فى الاستحقاق البنون ، لأن كلمة بناتى لاتشمل الذكور بأصل الوضع ، ولايجرى فى ذلك التغليب ، لأن العرف لم يذكر أسماء البنات وإرادة العموم ، إذ لاتغلب فى اللغة الألفاظ الدالة على البنات بأصل الوضع فتشمل الذكور .

وإذا قال على أبنائى ، وليس له إلا ابن واحد ، أو قال بناتى ، وليس له إلا بنت واحدة ، فإن الغلة لاتكون كلها للواحد أو الواحدة ، بل يكون له النصف ، لأن العرف لايجعل كلمة الأبناء أو البنات تطلق على الواحد ، إذ معنى الولادة لايتضمنه اللفظ بأصل صيغته ، وذلك إذا لم ينص على أن الواحد يستحق الكل فإن الأمر يسير على مقتضى النص دون سواه .

ولو وقف على أبنائه وليس له إلابنات ، أو على بناته وليس له بنات فإن الوقف يصرف على الفقراء إلى أن يرزقه الله تعالى بنين أو بنات ، ويكون الوقف منقطع الأول ، إذ لم يمكن صرف الوقف فى أوله على مصرفه الخاص ، فيصرف فى المصرف العام ، وهو الفقراء إلى أن يوجد المصرف الخاص .

الوقف على النسل والذرية والعقب

٢٦٢ م — (أ) لو كانت صيغة الوقف على الذرية بلفظ الذرية أو بلفظ النسل فإنه يدخل فى الوقف كل من ينتسب إلى الشخص سواء أكان من أولاد البنات الذين يسمون أولاد البطون ، أم من أولاد الأبناء الذين يسمون أولاد الظهور .

(ب) ولو كان الوقف بصيغة العقب ، كأن قال وقفت على عقبى ، فإنه يدخل فى وقفه كل من لاتتوسط أنثى فى النسبة إليه ، ذكورا أو إناثا ، ويسمون أولاد الظهور ، أى لايدخل إلا هؤلاء ، ولايدخل أولاد البطون ، وهم الذين تتوسط بينهم أنثى فى النسبة ، فلو قال وقفت على عقبى دخل أولاده ، وأولاد أبنائه ، ولو من الإناث كبنات ابن من أبنائه ولا يدخل أولاد بناته ، لأنه توسط فى النسبة أنثى .

(ح) ومثل ذلك لو قال وقفت على أولاد الظهور من ذريتى ونسلى، فإنه لايدخل من يتوسط بينه وبينه أنثى ، وهكذا لو قال وقفت على آلى وجنسى وأهل بيتى ، يدخل كل من يتصل به عن طريق الذكور كأعمامه ، وأبناء عمومته وأولاده ذكورا وإناثا وكل أولاد الظهور من ذريته ، ولاتدخل أولاد الإناث ، أى لايدخل أولاد البطون ، ولاتدخل أم الواقف ، ولا أولاد العمات ، ولا أولاد الأخوات ، لأن هؤلاء ليسوا من آله ، وبالجملة يدخل فى الآل كل العصبات أو من يتصلون بهم بولادة من الطبقة الأولى .

(د) ولو وقف على أقربائه أو ذوى رحمه أو من يرتبطون معه بنسب ، وفى هذه الحال تكون الغلة لكل من تشمله كلمة قرابة سواء أكانت

من جهة الأم ، أم كانت من جهة الأب ، وتشمل الأصول والفروع ، ويدخل في الوقف المحارم وغير المحارم ، وقال أبو حنيفة في الوصية أنه لايدخل إلا ذوو الرحم المحرم ، لأن المحرمية هي القرابة المعتبرة ، ويلاحظ عند توزيع الغلة في الوصية عنده الأقرب فالأقرب ، وهكذا ...

(هـ) ولو قال في وقفه وقفت على عيالى لايدخل في الاستحقاق إلا من تجب عليه نفقته ، أو كان ينفق عليه بالفعل ، ولو لم تكن نفقته واجبة عليه ، كابن العم أو ابن الخالة ، لأن كلمة عيال تدل على من يكون في كنفه ورعايته ، والتزام الانفاق عليهم بحكم القضاء أو بحكم الصدقة المبررة في ذوى الرحم .

وإذا قال وقفت على أهلى كان الوقف على كل من يعوله في بيته من زوجه وقرابته ، وهذا في الاستحسان ، وفي القياس أن الوقف يكون خاصا بزوجته ، لأن النصوص القرآنية وردت بتخصيص كلمة الأهل بالزوجة أو الأزواج ، ووجه الاستحسان أن كل من يضمهم بيته يعتبرون في العرف أهله .

توزيع الغلة بين مستحقيها

٢٦٣ ـــ قد ذكرنا الصيغ التى يذكرها الواقف على أولاده أو أولاد غيره وأحوالها ، وهو ما يسمى الوقف الأهلى أو الذرى ، ولكن لم نبين طريقة تقسيم الغلات بين المستحقين ، أيستحقون جميعا من كل الطبقات لافرق بين طبقة وأخرى ، وهل يستحقون بالتسوية من غير تفاوت .

(أ) بالنسبة للأمر الأول ، وهو استحقاق الطبقات قد قرر الفقهاء فى المذهب الحنفى وغيره أنه إذا لم يذكر ما يدل على الترتيب فإن الغلات تصرف كل عام إلى من ينطبق عليهم الاسم أو الوصف الذى ذكره الواقف فى وقفه ، وقد يزيد نصيب ما يخص كل واحد من هذه الغلة ممن ينطبق عليهم عبارات الواقف ، فكلما زاد عدد المستحقين نقص مقدار ما يستحقه كل واحد من الغلة ، وكلما نقص العدد زاد المقدار المستحق ، وهكذا ...

(ب) وإذا كانت العبارة تفيد ترتيب الطبقات ، فإنه لايستحق أحد من طبقة إلا بعد أن تنقرض الطبقة التى تسبقها ، فإذا قال وقفت على أولادى ثم أولادهم ثم أولادهم ، أو وقفت على أولادى فأولادهم ، أو وقفت على أولادى وأولادهم طبقة بعد طبقة ، أو جيلا بعد جيل ، أو تحجب الطبقة العليا منهم الطبقة السفلى ، ففى هذه الصور كلها لاتستحق طبقة إلا بعد انقراض من يكون أعلى منها ، فيصرف الريع إلى أهل الجيل الأول ، ولا يصرف إلى أهل الجيل التالى إلا إذا انقرض من سبقه ، فلو بقى واحد من الطبقة السابقة لايصرف لأحد من التالية ، وفى هذه الحال يجرى الخلاف فى أنه يأخذ الكل ، وإذا أخذ النصف على قول من يقول إنه يأخذه فقط يكون النصف الآخر للفقراء .

(ح) وإذا ذكر مع ترتيب الطبقات أن من يموت من أهل طبقة ، يأخذ ولده ما كان يأخذه ، ويكون لولد ولده من بعده ما كان له ، فإن نصيبه يئول إلى فرعه ، ويكون الترتيب فى هذا الحال ترتيبا فرديا لاترتيبا جمليا ، ومن ذلك أن يقول يجرى عادة فى وثائق الأوقاف : تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى من نفسها دون غيرها ، فإنه فى هذه الحال يقوم

فرع كل شخص من المستحقين يقوم مقامه بتسلسل الاستحقاق مع كل طبقة ، حينئذ يكون الترتيب فى هذه الحال ليس ترتيبا بين الطبقة كلها ، بل يكون ترتيبا فقط بين كل فرع وطبقته هو خاصة .

وقد يكون الترتيب جمليا ولكنه إفرادى نسبيا كأن يقول الواقف : طبقة بعد طبقة وجيلا بعد جيل على أن من مات من أهل طبقة استحق فرعه ما كان يستحقه وشارك أهل الطبقة العليا باستحقاق أصله ، إذ يقوم مقام أصله فى الدرجة والاستحقاق ، وفى هذه الحال يستحق الفرع ما كان يستحقه أصله ما بقى واحد من الطبقة العليا ، فإذا انقرض جميع الطبقة نقضت القسمة ، وصار كل واحد فى الطبقة التالية يستحق ، وتوزع عليه الغلة من جديد .

نقض القسمة

٢٦٤ — والكلام فى نقض القسمة يوجب علينا أن نذكر ببعض التفصيل أقوال الفقهاء فى ذلك ، وأنه يتلخص مما سبق أن عبارات الواقفين تنقسم إلى أقسام أربعة :

أولها : ألاَّ يذكر طبقات ولاترتيبا بأى لفظ من ألفاظ الترتيب ، سواء أكان بالفاء أم كان بثم ، وفى هذه الحال لاترتيب ولانقض للقسمة بمقتضى الأحكام الفقهية ، وذلك لما بينا فى الفقرة الأولى من النبذة السابقة ، وإذا كان مع ذلك اشترط أن من يموت عن ذرية قامت ذريته مقامه فيما كان يستحقه ، فإنه فى هذه الحال قد يأخذ المستحق نصيبين :

(أ) بمقتضى استحقاقه الأصلى باعتبارة منسوبا إلى الواقف بالولادة .

(ب) يأخذ باعتباره قائما مقام أبيه فيما كان يستحقه . ويتسلسل الأمر على ذلك ولا تنقض القسمة أصلا ، ويلاحظ فى هذه الحال أنه لايقوم مستحق مقام أصله إلا إذا كان ثمة نص على ذلك ، فإن لم يكن نص فإن

الغلة توزع على كل المستحقين ، وتتغير القسمة كما أسلفنا بتغير مقادير الاستحقاق وعدد المستحقين .

والثانى : أن يكون الترتيب بين الطبقات ، ولكن يذكر أن كل طبقة تحجب فرعها دون فرع غيرها ، كأن يقول كما ذكرنا فى العبارات السابقة : وقفت هذا على أولادى وأولادهم وأولاد أولادهم طبقة بعد طبقة وجيلا بعد جيل ، على أن تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى من نفسها دون غيرها ، والترتيب هنا إفرادى ، فالطبقة مقدمة بالنسبة لفروع المستحق لابالنسبة لفروع غيره ، ولا ترتيب بالنسبة لغيره ، فقد يكون المستحقون من طبقات مختلفة بالنسبة لمجموع الطبقات ، ولكن إذا لوحظ الفرع الذى يستحق الشخص فيه كان الترتيب ثابتا قائما بالنسبة له ، ولذلك كان التعبير بأن الترتيب أفرادى مصورا للحقيقة[١] .

وقد يكون فى بعض هذه الصور الوقف كأنه عدة أوقاف إذا كان التوزيع الإفرادى سابقا ، وذلك كأن يقول وقفت على أولادى ثم من بعد كل منهم يكون على أولاده ثم أولاد أولاده وهكذا طبقة بعد طبقة على أن من مات منهم ينتقل نصيبه لفرعه ، وإن سفل .." فإنه فى هذه يكون عدة أوقاف ، وفى هذه الحال لاتنقض القسمة بموت آخر أى طبقة ، بل ينتقل استحقاق كل إلى ولده ، لأن الواقف عبر بلفظ كل المفيد للإحاطة والاستغراق الشامل لكل الأفراد ، ويعتبر وقفه بمنزلة أوقاف متعددة ، ويقسم ما يأخذه من كل وقف على فروعه خاصة »

ولقد جاء فى الفتاوى المهدية أن عدم نقض القسمة فى هذه الحال قطعى لااحتمال فيه[٢] .

والثالث : أن يذكر ترتيب الطبقات ، ولاينص على أن كل أصل يحجب فرعه دون فروع غيره ، ولكن ينص على قيام الفرع مقام أصله فى

(١ ، ٢) الفتاوى المهدية جـ ١ من ص ٤٥٦ .

الدرجة والاستحقاق ، كأن يقول مثلا وقفت على أولادى ثم أولاد أولادى طبقة بعد طبقة ، ونسلا بعد نسلا وجيلا بعد جيل ، على أن من مات منهم عن ولد أو ولد ولد قام ولده مقامه فى الدرجة والاستحقاق ، ففى هذه الحال يكون ثمة ترتيب إفرادى وجملى معا ، وعلى ذلك من يموت عن فرع يقوم ولده مقامه ، فإذا كان أولاد الرجل أربعة ، ومات أحدهم عن أربعة أولاد قاموا مقامه ، فإذا مات الآخر عن ولد قام مقامه فى نصيبه ، وإذا مات الثالث عن ولدين قاما مقامه فى الدرجة والاستحقاق ، ويستمر كل فرع يأخذ نصيب أبيه ما استمر الرابع على قيد الحياة ، فإذا مات نقضت القسمة ، وصار كل واحد يأخذ بقدر طبقته ، فإذا كان المجموع عشرة قسمت الغلة على عشرة ومن يموت ينتقل نصنيبه إلى فرعه ، ويستمر الأمر كذلك .

٢٦٥ — ونقض القسمة فى هذه الحال الأخيرة موضع خلاف بين الفقهاء ، فالسبكى من فقهاء الشافعية يرى أن نقض القسمة هو من قبيل الاحتمال ، لامن قبيل الأمر القطعى ، فالصيغة التى تقرر أن الفرع يقوم مقام أصله مع ترتيب الطبقات من غير الاكتفاء بالنص على أن كل طبقة تحجب فروعها دون فرع غيرها — يذكر أنها تحتمل نقض القسمة عند موت آخر واحد من أفراد الطبقة ، وتحتمل عدم نقضها ، وأن يبقى ما يستحقه كل أصل فى فروعه مسلسلا فيها ، ولكنه يرجح عدم نقض القسمة ، ويقول أن نقض القسمة محتمل ، ولكنه مرجوح . وقد خالفه فى ذلك جلال الدين السيوطى (١) .

وقد ذكر الخصاف فى كتابه أحكام الأوقاف أن القسمة تنقض بعد موت آخر الطبقة ، ويقول فى ذلك « فلو مات بعضهم من نسل تقسم الغلة على عدد الأولاد الموجودين وقت الوقف ، فما أصاب الأحياء أخذوه ، وما أصاب الميت كان لولده ... ولو كان عدد البطن الأعلى عشرة ... فإن مات

---

(١) راجع رسالة الأقوال الجليلة فى مسألة نقض القسمة والمرتبة الجعلية لابن عابدين .

العاشر انتقضت القسمة لانقراض البطن الأعلى ، ورجعت إلى البطن الثانى » .

٢٦٦ ــ وقد خرَّج ابن نجيم فى الأشباه كلام الخصاف على أساس أن الترتيب كان بذكر الطبقة ، فقال طبقة بعد طبقة ، فتنقض القسمة فى هذه الحال ، وكذلك إذا كان لفظ الترتيب نسلا بعد نسل ، أماإذا كان الترتيب بالفاء أو بثم ، من غير طبقة فإنه لاتنقض القسمة لعدم صراحة ترتيب الاستحقاق بين الطبقات ، إذ أن ثم أو الفاء ، وإن أفادتا الترتيب إلا أن هناك ترتيبا آخر ، وهو قيام كل فرع مقام أصله فى الاستحقاق والدرجة ، فيرجح ذلك الجانب ، ويعتبر الترتيب ترتيب أفراد لاترتيب جملة ، أما ذكر البطن أو النسل أو الطبقة ، فإن معنى الترتيب الجملى واضح ، ولايعارضه قيام الفرع مقام أصله ، ولكن رد قوله فقهاء الحنفية ، وخصوصا الزبيرى فى تعليقه على الأشباه والنظائر .

وقد ذكر نقض القسمة فى كتب الشافعية ، فليس قول السبكى الذى يمنع نقض القسمة فى هذه الحال هو القول المعتبر عند الشافعية ، بل إن ابن حجر نقل القول بنقض القسمة أيضا فى ذلك المذهب ، فليس إذا قولا واحدا ، ومثل ذلك عند مالك وأحمد .

وإن الأمر فى هذا ليس اختلافا فقهيا ، بل هو اختلاف فى فهم معانى عبارات الواقفين ، وهى محتملة وليست قاطعة ، والعمل قبل قانون سنة ١٩٤٦م كان يسير على أساس نقض القسمة .

نقض القسمة فى القانون

٢٦٧ ــ هذا نقض القسمة فى الأحكام الفقهية ــ والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م ــ ألغى نقض القسمة ، وجعل كل فرع يقوم مقام أصله ، إذا كان الوقف مرتب الطبقات ، ولو لم يذكر الواقف أن الفرع يقوم مقام أصله ، وهذا نص المادة ٣٢ :

« إذا كان الوقف على الذرية مرتب الطبقات لايحجب أصل فرع غيره ، ومن مات صرف ما استحقه أو كان يستحقه إلى فرعه ، ولاتنقض قسمة ريع الوقف بانقراض أى طبقة ، ويستمر ما آل للفرع متنقلا فى فروعه على الوجه المبين فى الفقرة السابقة إلا إذا أدى عدم نقضها إلى حرمان أحد من الموقوف عليهم » .

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية خاصا بهذه المادة ما نصه :« مذهب الحنفية أنه إذا كان الوقف على واحد أو أكثر معينين بالذات أو بالوصف ، أو بهما معا وعلى ذريتهم وكان الوقف مرتب الطبقات ، ولم ينص الواقف على قيام الفرع مقام أصله لايستحق أحد من الفروع شيئا ، وإن ماتت أصولهم إلا إذا انقرضت طبقة من أصولهم ، ومن مات من الأصول كان نصيبه للباقين فى بعض الصور ، ومنقطعا فى البعض الآخر ، فلو وقف على أولاده : زيد وبكر وعمر ومن بعدهم على أولادهم وذريتهم وقفا مرتب الطبقات ، فمات أحد أولاده لاينتقل نصيبه لولده ، وإن مات من غير ولد لايكون نصيبه لمن فى طبقته ، بل يكون فى الحالين منقطعا منصرفا للفقراء إلى أن يموت أولاد الواقف الثلاثة ، فتكون غلة الوقف جميعا للطبقة الثانية ، وهم أولاد الأولاد » .

« ولو قال وقفت على ابنىَّ ثم من بعدهما على أولادهما وذريتهما طبقة بعد طبقة ، فمات أحد الابنين عن ولد لايستحق ولده شيئا من الغلة ما دام الآخر موجودا ، ويكون نصف الغلة للفقراء ، ونصفها للابن الموجود إلى أن يموت ، لتصير الغلة كلها للطبقة الثانية » .

« ولو قال : وقفت على أولادى ، ثم على ذريتهم طبقة بعد طبقة ... فمات أحد من الأولاد عن ولد كان نصيبه لباقى إخوته ، لأن لفظ الأولاد يشملهم ، ولايستحق أحد من أولاد الأولاد ما بقى من الأولاد أحد » .

« ولاشك أن قيام الفرع مقام أصله أقرب إلى العدالة والمصلحة ،

وأقرب إلى أغراض الواقفين ومقاصد الشارع فى البر والمصلحة ، ومن يتتبع كتب الواقفين ، وما ذكروا من الشروط لحصر الوقف فى الذرية يتبين له جليا أنه ليس من مقاصدهم أن يكون شىء من أوقافهم منقطع المصرف ، ومستحقا للفقراء ، ولا أن يصرف نصيب من مات عن ولد إلى غيره إلا إذا كان من قصده ذلك ، ونص عليه نصا صريحا » .

« ولهذا عدل عن مذهب الحنفية الذين يرون أن الترتيب عن الطبقات ترتيب جملة لاترتيب أفراد على أفراد ، وأن الفرع يقوم مقام أصله ، شرط الواقف قيامه أم لم يشرطه ، فلا يحجب أصل فرع غيره من الموقوف عليهم ، والمراد من الذرية ذرية الموقوف عليهم ، سواء أكانوا ذرية الواقف أم ذرية غيره »(١) .

« وأخذ فى هذا بالأظهر من مذهب الحنابلة وما ذكره الحنابلة على أنه رأى أهل التحقيق عندهم ، وهو أن الترتيب ترتيب أفراد على أفراد ، وأن الفرع يقوم مقام أصله ، شرط الواقف قيامه أم لم يشرطه لا يحجب أصل فرع غيره من الموقوف عليهم » .

« والمراد من الذرية ذرية الموقوف عليهم ، سواء أكانوا ذرية الواقف أم ذرية غيره » .

« وما يستحقه الميت يكون لولده ، والمراد من الاستحقاق المستحق بالفعل ، سواء أكان أصليا أم آل إليه عن استحقاق موقوف آخرين ، وإذا كان الأصل قد مات قبل الاستحقاق ، فمتى آل الاستحقاق لطبقته فإن فرعه يحل إذ ذاك محله ، ويستحق ما كان يستحقه أصلا لو كان حيا ، أما من يموت عن غير ولد فحكم نصيبه مبين فى المادة — ٣٢ — » .

وإذا كان الوقف مرتب الطبقات — شرط الواقف قيام الفرع مقام

---

(١) أى سواء أكانوا منسوبين إلى الواقف بمقتضى العرف ، أم منسوبين إلى غيره ، وبذلك يدخل أولاد البطون أيا كانت طبقتهم .

أصله أم لم يشترط — فمذهب الحنفية أن غلة الوقف تقسم بعد انقراض الطبقة العليا على رءوس الطبقة التى تليها وتنقض قسمة الريع التى كانت قائمة عند انقراضها — (كما أشارت المذكرة من قبل) .

غير أن عدم نقض القسمة أقرب إلى روح الشريعة فى قسمة الميراث وهو الملائم لما أخذ به فى هذا القانون من جواز قسمة الوقف قسمة لازمة دائمة ، لأن عدم نقض القسمة فى الريع يدعو إلى الاستقرار فى شأن الوقف وأعيانه ، ويكون حافزا لمن اختصوا بنصيب منه على أن يعملوا على إصلاحه وتنميته ، شأن المالك فى ملكه ، لهذا عدل عن مذهب الحنفية وأخذ برأى فريق من المالكية والحنابلة من عدم نقض قسمة ريع الوقف بانقراض الطبقة العليا من مستحقيه ، واستمرار ما آل للفرع من أصله أو غيره من المستحقين متنقلا فى فروعه على ألا يحجب أصل فرع غيره ، ويستحق فرع من مات ما استحقه أصله ، أو كان يستحقه .

٢٦٨ — وانتقال نصيب من مات إلى فرعه يكون طبق شرط الواقف ، فإن نص على التسوية بين الذكور والإناث عمل به ، وإن نص على أن للذكر مثل حظ الأنثيين عمل به ، وإن سكت كان بالتساوى ، اللهم إلا فى أنصبة ذوى الاستحقاق الواجب إن كان الواقف قد وقف عليهم ، فلا يكون السكوت هنا دليل التساوى لقيام قرينة أقوى منه ، وهى إرادة الشارع لوجوب مسايرة المواريث فى قسمة الغلة ، وكذلك لو لم يكونوا من الموقوف عليهم ، ثم دخلوا فى الاستحقاق وفقا للمادة — ٣٠ .

ومحل عدم نقض القسمة إذا لم يترتب على عدم نقضها حرمان أحد من الموقوف عليهم ، أما إذا ترتب عليه ذلك فإنه يجب نقضها فى هذه الحال فقط ، فلو جعل الواقف وقفه على أولاده ، وأولاد أولاده ، وذريته وجعله مرتب الطبقات وكان له حين الوقف أولاد لصلبه وأولاد أولاد مات أصولهم قبل الوقف فمتى مات أولاده لصلبه وجب نقض القسمة فى الريع وقسمته بين جميع أولاد الأولاد ، لأنه لو انتقل نصيب كل أصل إلى فرعه

ما استحق أولاد من مات قبل الواقف شيئا ، ولا يمكن القول بأنهم غير محجوبين ويستحقون مع أعمامهم ، إذ لايحجب أصل فرع غيره فإن المراد منه ألاَّ يحجب أصل فرع غيره إذا كان هذا الغير من الموقوف عليهم بمعنى أن نصيبه أو ما كان يستحقه يكون لفرعه ، فلا كلام فى عدم الحجب إلا حيث يمكن قيام الفرع مقام أصله فيما كان يستحقه هو ، وهذا هو القول الذى استند إليه فى ذلك ، ومن مات قبل الوقف لم يكن من الموقوف عليه أصلا ، فليس له استحقاق ، ولا يمكن أن يكون له استحقاق حتى يقال قام فرعه مقامه .

٢٦٩ — ومن المادة ٣٢ والمذكرة التفسيرية فى توضيحها يتبين أمران :

أولهما : أن نقض القسمة لايكون ولو كان الوقف مرتب الطبقات ترتيبا جمليا من كل الوجوه ، وأن عدم نقض القسمة هو الذى يتفق مع أغراض الواقفين فى نظر كاتب المذكرة ، وإن لم يكن ثمة دليل لفظى يثبت هذه الإرادة ، وذكر أن ذلك هو بعض الأقوال فى المذهبين المالكى والحنبلى .

ثانيهما : أن الوقف المنقطع الوسط بسبب إلغاء نقض القسمة أصبح لاوجود له ، وهو الوقف الذى يصرف على مستحقيه ابتداء ثم ينقطع مصرفه بعد ذلك فيصرف إلى الفقراء ، كأن يقف على ولديه ومن بعدهما على ذريتهما ، فإنه إذا مات أحد الولدين صرف الذى يخصه من ريع الوقف على الفقراء حتى يموت الولد الثانى ، فبمقتضى إلغاء مبدأ نقض القسمة ، وقيام كل فرع مقام أصله من غير حاجة إلى نص من الواقف ، واعتبار كل الأوقاف مرتبة الطبقات ترتيبا إفراديا يستحق ولد من مات ولايصرف نصيبه للفقراء .

نقض القسمة بالنسبة للأوقاف القديمة

٢٧٠ — وإن المادة ٣٢ تطبق على كل الأوقاف القديمة ، كما طبقت على الأوقاف الجديدة الحادثة بعد صدور القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م — ولم يستثن إلا الأوقاف التى نقضت فيها القسمة قبل وجود القانون ، وهذا نص فيها قسمة الريع قبل العمل بهذا القانون » .

« ولاتطبق أحكام الفقرة الثانية من المادة٣٢ — فى الأحوال التى نقضت ما جاء بالمادة — ٥٧ — خاصا بنقض القسمة :

وبهذا النص تبين أن الفقرة الخاصة بنقض القسمة لاتطبق على الماضى بالنسبة للأحوال التى نقضت فيها القسمة ، وتطبق فى الأحوال التى لم تنقض ، وأن هذا النص صريح فى أنه ليس لقاض أن يقضى بنقض القسمة بعد صدور ذلك القانون إذا لم تكن قد نقضت قبله ، ولو كان الوقف قد صدر منذ أجيال طوال .

وإن معنى نقض القسمة بلا ريب أن تعاد قسمة الريع على الطبقة التالية ، فإذا مات آخر الطبقة فمعنى نقض القسمة فى هذه الحال أن يعاد تقسيم الريع بين أهل الطبقة الجديدة ، على مقتضى التقسيم الذى ذكره الواقف فى شروطه بالتساوى أو للذكر مثل حظ الأنثيين — فإذا كانت القسمة قد نقضت على هذا الوجه فإنه لايقضى بإلغاء ما وقع ، وإذا لم تكن نقضت على ذلك الوجه فلا يصح نقضها ، لأن الوقف فى هذه الحال خاضع للأحكام الجديدة التى جاءت بها المادة ٣٢ .

٢٧١ — وإن هذا الأمر كان موضع نظر فى المحاكم الشرعية قبل إلغائها ، ثم امتد النظر فيه إلى المحاكم الوطنية بعد إدماج تلك المحاكم فيها .

ومع وضوح الأمر فى هذا قد تكلم بعض الباحثين فى معنى نقض

القسمة ، فقال إن معنى نقض القسمة يتحقق بموت آخر واحد من الطبقة قبل صدور القانون ، ولو كانت قسمة الريع مستمرة على ما كانت عليه من قبل ، وقال فى توجيه قوله والاحتجاج له : إن نقض القسمة كالميراث يتحقق بموت آخر الطبقة ، فيتحقق النقض بذلك ، ولو لم يتغير تقسيم الريع بالفعل أو بحكم قضائى ، كالملك فى الميراث يثبت بمجرد الوفاة من غير حاجة إلى قسمة للتركة ولا حكم قضائى يعطى كل ذى حق حقه .

وإنه لقياس غريب ، لأن الفرق كبير فى الاستحقاق فى الوقف ، والملكية فى الميراث ، فالميراث يثبت فيه الملك جبرا من غير اختيار للوارث ، والوراثة خلافة عن المورث ، بينما الاستحقاق بنقض القسمة لايثبت بالخلافة ، بل يثبت بتفسير الواقف لنظام الاستحقاق ، ونظام الاستحقاق لايكون بالخلافة ، ولو أن للخلافة مقاما فى الاستحقاق لكانت فى قيام الفرع مقام أصله وهو ما اختاره القانون ، ولاتكون بنقض القسمة ، لأنها معاندة فى ذاتها لمعنى الخلافة ، فهما نقيضان لأنها نقض للخلافة .

ثم إن نقض القسمة موضع خلاف بين الفقهاء ، والأمور التى تكون موضع خلاف بين الفقهاء،لاتثبت الحقوق فيهاإلا باختيارمن ولىالأمر ، أو بحكم قضائى أو بترجيح المفتى فى مذهب معين ، وهذا كله بعيد كل البعد عن الميراث ، وإن ولى الأمر قد اختار بقانونه الذى أصدره إلغاء نقض القسمة ، فلا موضع لإحداث نقض لم يكن قد وقع من قبله .

٢٧٢ ـــ وإن تفسير كلمة« نقضت قسمة الريع » التى جاءت فى آخر المادة ٥٧ الآنفة الذكر بـ « استحقت النقض » مناف للتفسير اللغوى للألفاظ ، ومناف لأغراض القانون ومقاصده ، أما منافاته للغة فلأنه من المقرر فى عرف اللغويين وأهل التفسير والبيان ـــ أنمالايحتاج إلى تقدير أولى مما يحتاج إلى تقدير ، ولاشك أن تفسير كلمة ـــ نقضت ـــ باستحقت النقض لايتحقق مؤداه إلا بتقدير كلمة استحقت ، وإن الألفاظ الشرعية والقانونية تفسر بمدلولاتها اللغوية الظاهرة التى تتبادر إلى الفهم إلا إذا كان

الظاهر متعارضا مع سائر أحكام القانون ، فحينئذ يؤول اللفظ لتتآخى أحكام القانون وألفاظه ، وتتلاقى ولاتتنافر .

وأما منافاة ذلك التفسير لمقاصد القانون وأغراضه ، فذلك لأن هذا القانون بالنسبة لنقض القسمة قد جاء ملغيا لما كان معمولا به من قبل ، وقد تبين من المذكرة التفسيرية التى نقلناها من قبل أن المقصد الذى من أجله جاءت المادة — ٣٢ — التى اشتملت على منع نقض القسمة — أن نقض القسمة كان داء ، لأنه يجعل الأسرة تنتقل من يسر إلى عسر ومن عز إلى ذل ، لأن أولاد الأصل الذى توفى إذا كانوا عددا قليلا بجوار بقية المستحقين سينالهم حرمان من استحقاق وفير ، والاكتفاء باستحقاق ضئيل .

وإذا كانت هذه الروح هى التى جاءت بهذا النص يجب أن يكون التفسير مطابقا لهذه الروح غير خارج عن نطاقها ، وأن يكون فى الحدود التى رسمها ، وإن القانون قد اعتبر النقض داء ، ولذا رأيناه يضيق حدوده .

وقد رأينا القانون يترك ما نقضت قسمة الريع فعلا فيه أو حكم فيه بنقضها ، فلا يصح أن نتوسع فنقول يجب أن نقرر ما استحق النقض أيضا .

وإن الفرق كبير بين النقض واستحقاق النقض ، لأن النقض معناه أن الريع وزع توزيعا جديدا غير ما كان عليه فى الطبقة السابقة فاطمأن أصحاب هذا التوزيع إليه ، ورتبوا حياتهم عليه ، فلم يجد واضع القانون مبررا لأن يزعجهم بإخراج ما فى أيديهم ، وقد أخذوه بمقتضى حق مقرر ثابت بالمعمول به من قبل ، أما الاستحقاق للنقض فمعناه أن التوزيع يسير على نظام ما قبل النقض ، وأن فى أيدى فروع الطبقة السابقة ما بأيديهم ، فيزعجون ويخرج من أيديهم ما فى قبضتها ، وقد جاء القانون لحمايتهم ومنع إخراجهم مما فى أيديهم ، ففى ذلك مناقضة لمقصد القانون ، لأنه إذا كان القانون قد حمى القسمة التى نقضت فى الماضى فلأن ذلك يتفق مع مقصده ، ولايتفق مقصده وغرضه نقض ما استحق النقض قبل العمل بالقانون ، بل يناقضه ، لأنه إزعاج لمن اطمأنوا وارتضوا .

نقض القسمة فى القانون اللبنانى

٢٧٣ ـــ قد ذكرنا تفسير ذلك الجزء من المادة ـــ٥٧ ـــ وفصلنا القول فيه ، ورددنا ذلك التفكير الشاذ الغريب ـــ لأن الموضوع لايزال ينظر فى بعض محاكم الاستئناف بمصر ، ولأن القانون اللبنانى قد اقتبس مسائل نقض القسمة من القانون المصرى فحق علينا أن نبين كل ما يقال حول هذه المسألة .

والقانون اللبنانى قد نص على منع نقض القسمة فى الوقف المرتب الطبقات فى المادة ٤٠ وهذا نصها :

« إذا كان الوقف الذى مرتب الطبقات لايحجب الأصل فرع غيره ، ومن مات صرف ما استحقه أو ما كان يستحقه إلى فرعه ، وإذا مات مستحق عن حصته ، وليس له فرع يليه فى الاستحقاق عادت حصته إلى غلة الوقف الذى كان يستحق فيه ، وإذا لم يوجد أحد فى طبقته صرف الريع إلى الطبقات التى تليها إلى أن يوجد أحد من أهل تلك الطبقة فيعود الاستحقاق إليها ، وإذا بطل استحقاق طبقة صرف الريع للطبقة التى تليها » .

نصيب العقيم

٢٧٤ ـــ ذكرنا أن نصيب من يموت يقوم فرعه مقامه ، ولكن من يموت من غير ذرية أين يذهب نصيبه ، فنقول : إذا كان الوقف غير مرتب الطبقات ، فإن وفاة العقيم لاتغير فى التوزيع إلا أنه ينقص من عدد المستحقين واحد ، وتوزع الغلات على عدد الباقى ، فإذا قال وقفت على أولادى وأولادهم وذريتهم ، ومات أحدهم عقيما ، فإنه ينقص من عدد المستحقين ، كما ينقص عدد المستحقين إذا مات غير عقيم ، لأن كل مولود منسوب له يستحق سواء أكان أصله حيا أم ميتا ، إذ الفرع يستحق بالأصالة ، لا بالخلافه ، ولذلك يأخذ مع أصله ولاينفرد دونه .

٢٧٥ ــ واذا كان الوقف مرتب الطبقات ، ومات أحد المستحقين عقيما فإن الأمر يكون على حسب نص الواقف ، فإن كان الواقف قد قرر أن نصيبه يكون لطبقته فإنه يكون لطبقته ، واذا قرر أن نصيبه يكون لأقرب المستحقين إليه طبقة ، فإنه يكون لأقرب الطبقات إليه ، واذا كان قد قرر أن نصيب العقيم ينتقل إلى من فى طبقته الأقرب فالأقرب ، ويلاحظ مع الطبقة قرب النسب فإذا كان فى طبقته أخ شقيق ولأب يكون للشقيق ، واذا كان فى طبقته إخوة لأبيه وابن عمه فإنه يكون لابن عمه ، واذا لم ينص فإن الوقف يكون منقطع الوسط ، وكل هذا مع النص على قيام الفرع مقام الأصل ، فإن لم ينص على قيام الفرع مقام الأصل مع ترتيب الطبقات فإن نسب العقيم يكون لأهل طبقته ولو لم ينص .

هذا إجمال نفصله ونضرب عليه الأمثال ، مبينين له ، وما عدله القانون .

٢٧٦ ــ إذا كان الوقف مرتب الطبقات ، ولم يذكر الواقف أن نصيب الأصل ينتقل إلى فرعه كأن قال : وقفت هذه العقارات على ذريتى طبقة بعد طبقة وجيلا بعد جيل إلخ .. فإن من يموت عقيما أو غير عقيم يكون نصيبه لأهل طبقته ، ولايكون لأحد من بعده ، وكذلك الشأن فيمن يموت غير عقيم ، واستحقاق الطبقة بالزيادة التى تركهاالعقيم أو غير العقيم بمقتضى كتاب الوقف ، وكذلك لو قال وقفت على أولادى ثم أولاد أولادى من غير أن يذكر قيام الفرع مقام أصله ، فإن نصيب العقيم يكون لأهل طبقته .

وهذا فى الفقه ، أما القانون رقم ٤٨ لسنه ١٩٤٦م . فقد جعل قيام الفرع مقام أصله مفروضا فى كل وقت مرتب الطبقات ولو لم ينص عليه ، وبذلك يكون مرتب الطبقات المنصوص على قيام الفرع مقام أصله ، وغير المنصوص على ذلك سواء ، وذلك ما جاءت به المادة ٣٢ من القانون المذكور ، وقد بينا ذلك آنفا ، ونقلنا المذكرة المفسرة لذلك القانون .

وبمقتضى ذلك يكون كل وقف مرتب الطبقات يقوم الفرع فيه مقام الأصل ، ولكن كيف يعود نصيب العقيم إن لم يكن نص ، وقبل أن نتبين

ذلك نقرر الأحكام التى ذكرها الفقهاء فى العقيم ، ثم نطبقها على ماجاء به القانون فيما أتى به نصا ، ومايأتي به ضمنا تطبيقا لأحكامه ، ولبيان ذلك نذكر أحكام نصوص الواقفين التى يكثر مجيئها فى أوقافهم ، وها هى ذى :

٢٧٧ — (أ) إذا قال الواقف وقفت على أولادى طبقة بعد طبقة وجيلا بعد جيل آخره ، على أن من مات عن فرع قام فرعه مقامه فى الدرجة والاستحقاق ، ومن مات عقيما فلإخوته ، فإن لم يكن ، فلأهل طبقته الأقرب فالأقرب ، فإن مات العقيم فإن نصيبه يكون لإخوته ، وإن لم يكن له إخوة يكون لأهل طبقته ، فيستحق أولاد أعمامه ، وسائر من يكونون فى طبقته ، ويقدم ابن العم الشقيق على ابن العم لأب ، لأن ابن العم الشقيق أقوى قرابة من ابن العم لأب ، ويقدم ابن العم على ابن العمة ، لأن هذا عصبة وذاك من ذوى الأرحام ، ولايعطى ابن الأخ شيئا ، ولو كان قائما مقام أبيه فى الاستحقاق ، لأنه صرح بأن الأقرب يقدم على غيره من أهل طبقته ، وهذا ليس منها .

٢٧٨ — (ب) وإذا قال الواقف فى صيغته النص الآتى :

« وقفت على ذريتى طبقة بعد طبقة ... على أن من مات منهم عن ولد أو ولد ولد قام مقامه فى الدرجة والاستحقاق ، ومن مات عن غير ولد كان نصيبه لإخوته ».

وفى هذا الحال من يموت عن ولد يقوم مقامه ولده إذا كانت وفاته بعد أن استحق والده ، ومن يموت قبل استحقاقه من الوقف كأن يموت شخص قبل أن يئول الوقف إلى طبقته ، وكان أصله حيا ، فلم يستحق شيئا ، فإذا كان له ولد فإن النصيب الذى يستحقه والده يئول إليه بمقتضى هذا النص .

ولكن هل يستحق هذا الفرع الذى قام مقام أبيه ، سواء أكان أبوه قد استحق من قبل بالفعل أم لم يستحق — من نصيب العقيم الذى توفى ، وكان قد شرط أن نصيبه يعود لإخوته ؟ الجواب أن أولئك الفروع

لايستحقون لأنهم وإن كانوا مستحقين بالفعل لايسمون إخوة ، فابن الأخ لايسمى أخا ، وكذلك لايستحق أبناء عمه أوأبناء عمته ، لأنهم لايسمون إخوة .

وإذا كان قد قال : ومن مات عن غير ولد فنصيبه لأهل طبقته ، فإن قال الأقرب فالأقرب لايستحق أحد من أولاد الإخوة الذين قاموا مقام آبائهم ، إذا كان هناك إخوة لأنهم ليسوا أقرب .

الطبقة الجعلية :

٢٧٩ — وإذا لم يقل الأقرب فالأقرب أيستحقون أم لايستحقون ؟ هنا اختلف الفقهاء فى استحقاقهم ، وهذه تسمى المرتبة الجعلية ، أتكون مثل المرتبة الحقيقية فى كل ما تستحقه الطبقة الحقيقية ، وسميت الجعلية لأن الطبقة الحقيقية هم الإخوة وأولاد الأعمام والعمات الذين ينتهون إلى الواقف أو إلى المستحق الأول بعدد واحد من الطبقات ، ولكن لما اشترط الواقف أن يقوم الفرع مقام الأصل ، فقد أوجد طبقة بعد طبقة باشتراطه وجعله ، وإن لم تكن بمقتضى الحقيقة مساوية للطبقة التى كان فيها أصلها .

واختلاف الفقهاء فى هذه الصورة يبين أن بعض المتأخرين من فقهاء الحنفية وغيرهم من المذاهب الأربعة قال إن الطبقة الجعلية فى هذه الصورة تكون كالطبقة الحقيقية فتستحق من نصيب العقيم كما تستحق الطبقة الحقيقية ، وحجتهم فى ذلك أن الواقف لما عبر بقوله : قام مقامه فى الدرجة ، قد رفعه من مرتبة فى سلسلة النسب إلى من هو أعلى منه ، فيستحق بهذا الارتفاع إلى أقصى مداه ، والعبرة فى الاستحقاق بشرط الواقفين لابالدرجات الطبيعية ، لأنه جعل الفرع قائما مقام أصله فيما لو كان يأخذه الأصل ، وهو لو بقى حيا لاستحق نصيبه من العقيم ، فيستحق ولده ما يستحقه ، ولأن كلمة الاستحقاق فى عبارة الواقف التى تنص على أنه يقوم مقام أصله فيها عامة تشمل الاستحقاق الواقع والاستحقاق المتوقع ، والتفرقة بينهما تكون من غير مسوغ .

وقد اختار ذلك الرأى السيوطى من الشافعية ، وبعض المالكية والحنابلة ، واختاره من فقهاء المذهب الحنفى المقدسى والشرنبلالى وغيرهما .

والرأى الثانى : وهو أن فروع من مات بعد استحقاقه أو قبل استحقاقه ـــ لايأخذون من نصيب العقيم إذا كان الشرط أن من مات عن غير ولد كان نصيبه لطبقته ـــ وحجته تقوم على أن الطبقة الجعلية لاتعتبر كالطبقة الحقيقية إلا على سبيل الاستثناء ، وما كان على سبيل الاستثناء لايتوسع فيه ، ولأن غرض الواقف كما يبدو من عبارات الواقفين فى جملة كتب أوقافهم تدل على أنهم يأخذون ما يأخذ آباؤهم بالفعل ، والعبرة فى تفسير كتب الواقفين بالمقاصد التى يقصدون إليها ، ولأن استحقاق الفرع ما كان يستحقه أصله إنما هو استحقاق بالخلافة ، لابالأصالة ، وما دام بالخلافة عن أبيه لايستحق إلا ما كان يأخذه بالفعل ، ولو أخذ من نصيب العقيم لأخذ أكثر من نصيب أبيه ، وهذا مناقض لمعنى الخلافة .

وهذا رأى ابن عابدين مع طائفة من متأخرى المذهب الحنفى .

وكانت المحاكم الشرعية فى الماضى تسير على مقتضى رأى ابن عابدين ، وما كانت تعطى فرع المتوفى من نصيب من يموت عن غير ولد شيئا ، وفى السنين الأخيرة من حياة المحاكم الشرعية اتجهت المحكمة العليا إلى رأى المقدسى ، وهو إعطاء الفرع من نصيب العقيم .

ويلاحظ أن هذا الخلاف لايكون إذا كان نص الواقف هكذا :

« من مات عن فرع قام فرعه مقامه ، ومن مات من غير فرع كان نصيبه لأهل هذا الاستحقاق فى الوقف ، فإنه فى هذه الحال يأخذ فرع المتوفى على أساس أنه من أهل الاستحقاق فى الوقف ، لابمقتضى الخلافة عن أصله ، إذ اللفظ يشمله .

هذا ويلاحظ أن المرتبة الجعلية تستحق فى صورتين :

إحداهما : إذا نص على أن من مات قبل الاستحقاق قام فرعه مقامه فى الدرجة والاستحقاق ، ومن مات عقيما كان نصيبه لطبقته . والثانية أن يقول : ومن مات بعد استحقاقه عن فرع قام ولده مقامه فى الدرجة والإستحقاق .

٢٨٠ — (جـ) وإذا وقف الواقف وقفا مرتب الطبقات . واشترط أن يكون نصيب العقيم لأقرب الطبقات إليه ،ز فإنه لايصرف نصيبه إلا لطبقته إن كان منها أحد ، فإن لم يكن منها أحد فللطبقة التالية لطبقته . فإن لم يكن فيها أحد فإن الطبقة التى تستحق هى التى تكون أعلى منه فى فرعه الذى يستحق هو من غلته ، ولنضرب لذلك مثلا . إذا قال : وقفت على ذريتى طبقة بعد طبقة تحجب الطبقة العليا منهم الطبقة السفلى من نفسها دون غيرها ، ومن مات من فرع قام فرعه مقامه ، ومن مات عقيما فلأقرب الطبقات إليه ، وكانت الشعب التى تعددت فى الطبقات كلها ثلاثا ، كل شعبة لها أصل تفرعت فروعه ، ومات شخص فى الطبقة الثالثة لهذا الأصل عقيما ، فإن أهل طبقته فى شعبته يستحقون على الخلاف فى مشاركة فروع من توفى من أهل هذه الطبقة عن فروع ، فإن لم يكن من أهل طبقته أحد صرف نصيبه على الطبقة الثانية من شعبته ، فإن لم يكن فللطبقة الأولى ، فإن لم يكن فلأقرب الطبقات إليه من الشعبتين الأخريين ، فتأخذ الطبقة الثالثة ثم الثانية ثم الأولى ، لأن العبارة تدل على قرب الطبقة لا على قرب القرابة ، ولاشك أن الطبقة التى تقابله هى أقرب الطبقات إليه .

وبهذا يتبين أن المراد من الطبقة فى قول الواقف : من مات عقيما ينتقل نصيبه إلى من هو أقرب طبقة إليه ، هو طبقة الإستحقاق فى الوقف على حسب النظام الذى رتب الواقف به وقفه فى وثيقته . وليس المراد مجرد القرابة النسبية . ولهذا قالوا : لو شرط الواقف أن نصيب من يموت عقيما يكون لأقرب طبقة إليه من المستحقين ، وكان له من المستحقين عمه وابن عمه ، وابن أخيه ، فإن نصيبه بمقتضى الأحكام الفقهية يكون لابن عمه .

٢٨١ — وهناك وقف يأخذ فى المعنى عدة أوقاف ، وصورته أن يقول هكذا ،« وقفت على أولادى ، ثم بعد كل منهم على أولاده ، ثم على أولاد أولاده طبقة بعد طبقة على أن من مات ينتقل نصيبه إلى فرعه » . ومن مات عقيما إلى آخره ، فقد قالوا إن هذا من بعض الأحكام يحكم عليه بأنه كأوقاف متعددة ، فالطبقات تسرى فى كل من فروع الأولاد مرتبطة بفرع من فروع الشعبة الأخرى ، لأن كل شعبة وقف مستقل بنفسه ، ولذا لو مات آخر طبقة من شعبة تنتقض القسمة فيها على القول بنقض القسمة ، وعلى النظام الذى تسرى فيه ، ولاتنقض القسمة فى الشعب الأخرى ، وهكذا . لأن كل شعبة وقف قائم بذاته ينفصل عن الأوقاف الأخرى ، بحيث لايتأثر وقف بانتهاء الطبقة فى شعبة وتنقض القسمة بانتهائها ، وإن لم تنته الشعب الأخرى .

ومع ذلك قرروا أنه إذا كان الوقف على هذا النحو . وقال الواقف بالنسبة لنصيب العقيم أنه إذا قال الواقف بصيغة كل التى تفيد إنشاء وقف متعدد على هذا النحو ، ومن مات عقيما انتقل نصيبه إلى طبقته ، فإنه ينتقل إلى طبقته إذا كانت من فروع وقف آخر ، ما دام ليس فى وقفه من هو فى طبقته ، فإذا قال مثلا وقفت هذا على أولادى ومن بعد كل منهم يكون الوقف على فروعه طبقة بعد طبقة إلى آخره ، ومن مات عن فرع انتقل نصيبه لأقرب طبقة له من أهل هذا الوقف ، فمن مات عقيما يكون نصيبه لأهل طبقته إذا كانت من فرع آخر .

وكان ذلك عملا بقول الواقف : ينتقل نصيبه لأقرب الطبقات إليه من أهل الوقف ، لأن كلمة من أهل الوقف تشمل الوقف الكلى الأصلى لاالوقوف الفرعية .

٢٨٢ — هذا وإننا نقرب القواعد التى بنى عليها استحقاق العقيم ، فنلخصها فى قواعد أربع :

الأولى : آن نصيب العقيم يتبع فيه شروط الواقف وصيغته وتعبيره فإذا قال : نصيبه لإخوته ، لايتجاوزهم . وإذا قال : لأقرب المستحقين إليه . لوحظ النسب ، وإذا قال : أقرب الطبقات إليه ، لوحظ قرب الطبقة .

الثانية : أن من يتوفى قبله ، ويئول نصيبه لفروعه قد اختلف الفقهاء فى استحقاق أولئك الفروع فى نصيب أبيهم من عمهم العقيم ، إذا لم يكن نص مانع ، ولانص مسوغ ، فإذا كان النص المانع لايستحقون ، فإذا قال : لإخوته ، فإن فروع المتوفى لايستحقون لأنهم ليسوا إخوة ، والاستحقاق للإخوة فقط ، وإذا كان النص لأهل الاستحقاق فى الوقف فإنهم بلا ريب يستحقون ، لأنهم من أهل هذا الاستحقاق فى الوقف ، فهم داخلون بلا ريب ، وإذا قال : لأهل طبقته ، فذلك هو موضع الخلاف فى الطبقة الجعلية أتكون كالطبقة الحقيقية أم لا ، وقد بينا الخلاف فى ذلك .

الثالثة : أن قرب الاستحقاق إذا اشترط فى نصيب العقيم ، كأن قال نصيب العقيم لأقرب المستحقين إليه ، فإنه يلاحظ الفرع الذى يستحق عنه ، ولا ينظر إلى الفروع الأخرى ، وإن قال أقرب الطبقات إليه يلاحظ قرب الطبقة ، ولو كان من فروع أخرى إذا لم يكن أحد من فروعه ، بل تستحق الفروع الأخرى لو كان الوقف فى معنى الأوقاف المتعددة ، وقال من أهل هذا الوقف كما ذكرنا من قبل .

الرابعة : أن نصيب العقيم إذا لم يكن نص على من يستحقه بعده فإنه يصرف للفقراء ، ويكون الوقف منقطع الوسط ، ولكن لايوجد وقف منقطع كما نص القانون ، ولذا وجب أن ننظر إلى ما ذكره مصرفا له .

ويلاحظ أنه إن جعل نصيب العقيم على جهة بر اتبع شرطه .

نصيب العقيم فى القانون

٢٨٣ ـــ ولننتقل بعد ذلك إلى ماجاء بالقانون خاصا بنصيب العقيم . لقد نصت المادة ٣٣ ـــ على نصيب العقيم فقالت :

« مع مراعاة أحكام المادة ١٦ إذا مات مستحق وليس له فرع يليه فى الاستحقاق عاد نصيبه إلى غلة الحصة التى يستحق فيها . وإذا كان الوقف مرتب الطبقات وجعل الواقف نصيب من يموت أو يحرم من الوقف أو يبطل استحقاقه فيه لمن فى طبقته أو لأقرب الطبقات إليه كان نصيبه لمن يكون فى طبقته من أهل الحصة التى كان يستحق فيها » .

ويتمم حكم هذه المادة المادتان ٣٤ ، ٣٥ ونصهما :

مادة ٣٤ ـــ يكون حكم نصيب من حرم من الاستحقاق أو بطل استحقاقه لرده حكم نصيب من مات ، ويعود إلى المحروم نصيبه متى زال سبب الحرمان .

مادة ٣٥ ـــ إذا كان الوقف مرتب الطبقات ولم يوجد أحد من طبقة منها صرف الريع إلى الطبقة التى تليها إلى أن يكون أحد من أهل تلك الطبقة فيعود الاستحقاق إليها .

هذه عبارات القانون ، ولنتجه إلى المذكرة التفسيرية فى المادة الثالثة والثلاثين والخامسة والثلاثين ، أما الرابعة والثلاثون فهى خاصة بالحرمان من الوقف الذى نظمه القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م وليس هذا موضوعنا الذى نتصدى الآن لشرحه ، وقد زال موضوعه بإلغاء الوقف الأهلى ، وليس له أثر ينظر الآن فى المحاكم ، لأنه واضح بيّن لايحتاج إلى بسط ، إذ لا تعقيد فيه .

المذكرة التفسيرية :

٢٨٤ — إذا وقف الواقف وقفه على أولاده وذريته ، وكان وقفه غير مرتب الطبقات اشترك فى الاستحقاق جميع الطبقات ، ومن مات منهم عن غير ولد اعتبر كالمعدوم ، وقسمت الغلة على من عداه ، وليس فى هذه الحال حصص متعددة حتى يقال برجوع نصيبه إلى حصة دون أخرى .

وإذا وقف على أولاده زيد وبكر وعمرو وخالد ثم من بعدهم على أولادهم وذريتهم وقفا مرتب الطبقات فمات ابنه زيد عقيما كان نصيبه منقطع المصرف ويعطى للفقراء ما بقى من إخوته واحد عند الحنفية ، ولكن قد عدل عن هذا إلى مذهب المالكية الذى يقضى بعودة نصيبه إلى الباقين فرارا من القول بالانقطاع الذى لايتفق مع أغراض الواقفين ، ولكون الأحكام مطردة فى هذه الحال يصدق القول بأن نصيبه عاد إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها مع شىء من التسامح دعا إليه الإتيان بعبارة جامعة تتناول كل الصور ، وتتفق مع التحرير القانونى .

وإذا وقف على أولاد ذريته وعقبه وقفا مرتب الطبقات ، وكان له أولاد أربعة الأسماء الواردة فى الصورة السابقة ، فمات زيد عن أولاده وانتقل نصيبه إليهم بشرط الواقف أو بحكم هذا القانون ، كان من بينهم أحمد الذى مات عن أولاده من بينهم عائشة التى ماتت عن أولاد منهم إبراهيم ، ومات بكر عن أولاد منهم على الذى مات عن أولاد منهم محمد ، الذى مات عن أولاد منهم فهيمة ، وبقى كل من عمرو وخالد ، وكان يوجد فى كل من الطبقتين الثانية والثالثة من أولاد زيد وأحمد وبكر ، ثم مات إبراهيم ابن عائشة وفهيمة بنت محمد عقيمتين ، ففى هذه الحال اختلفت آراء المتأخرين من فقهاء الحنفية ، فى هذا النصيب كما اختلف فيه عمل المحاكم .

وقد اختير أن يعود نصيب فهيمة إلى حصة محمد ، ونصيب إبراهيم إلى حصة عائشة ، ولاشىءلعمرو وخالد وذرية زيد فى نصيب إبراهيم ،

ولالعمرو وخالد وذرية زيد فى نصيب فهيمة ، بل يرجع نصيب إبراهيم إلى غلة الحصة التى يستحق فيها أولاد عائشة خاصة ، ونصيب محمد إلى أولاد محمد خاصة ، فإذا لم يكن لعائشة أولاد حين موت إبراهيم عادت حصته إلى حصة أحمد خاصة وإلا عادت إلى أصل غلة الوقف كله ، ومعنى عودة النصيب إلى الحصة أن تعتبر زيادة فى غلتها ، وتقسم قسمتها .

ومحل القول بعودة نصيب من مات إلى غلة الحصة التى كان يستحق فيها إذا لم يكن الوقف فيها قد انتهى بموت صاحبها طبقا لأحكام المادة رقم ١٦ فإنها لاتعود فى هذه الحال[١] .

وقد كثر فى الواقفين اشتراط من يموت من غير ولد لإخوته وأخواته المشاركين له فى الدرجة والاستحقاق ، فإن لم يكن له إخوة ولا أخوات فلأهل طبقته ، فإن لم يكن له فى طبقته أحد فلأقرب الطبقات إلى المتوفى من أهل هذا الوقف ، وكثيرا ما يكون الوقف بمثابة أوقاف متعددة ، وسيكون الكل كذلك بعد العمل بهذا القانون بمثابة أوقاف متعددة ، ما لم ينص الواقف على خلاف ذلك .

وقد اختلفت آراء المحاكم فى المراد من الطبقة : هل هى الطبقة الخاصة أو المراد ما يعم المستحقين فى درجة واحدة من جميع أهل الوقف ، وفى جميع الحصص ، وقد اختير الفهم الأول ، لأنه الأقرب إلى أغراض الواقفين .

هذا نص المذكرة التفسيرية فيما يتعلق بالمادتين ٣٣ ، ٣٥ ، وقد جاء فى المادة ٥٨ « واستثنى من تطبيق المادة ٣٤ ، ٣٥ ، إذا كان فى كتاب الوقف الصادر قبل العمل بالقانون رقم ١٩٤٨م نص يخالف .

٢٨٥ — وهذا هو القانون بالنسبة لنصيب العقيم ، ويلاحظ أنه اتجه

---

(١) المادة ١٦ هى المادة التى تبين انتهاء الوقف الأهلى المؤقت ، إما بانقراض الموقوف عليهم وإما بإنتهاء المدة المعينة ، أو انتهاء الطبقتين ، وكذلك ينتهى الوقف فى كل حصة معينة بانتهاء المدة .

إلى قواعد أربع بعضها متفق مع ما كان مطبقا من قبل ، وبعضها يخالف ما كان مطبقا ، ولكنه يسير على منطق القانون .

الأولى :أنه اعتبر المرتب الطبقات عدة أوقاف كتلك الأوقاف القديمة التى كان الواقف يقول فيها وقفت على أولادى ، ثم من بعد كل يكون نصيبه لفرعه ... وذلك لأنه قرر أن نصيب كل واحد ينتقل إلى فرعه ويتسلسل فى فرعه طبقة بعد طبقة ، وبعد كل فرع يتسلسل فى فروعه ، فيتولد من كل شعبة عدد من الطبقات على حسب الولادة فى كل شعبة ، ويتفرع من الفروع غيرهم ، وكل فرع مهما يتولد يكون وقفا مستقلا قائما بذاته ، وهذا مبدأ أتى به القانون فى كل وقف مرتب الطبقات إلا إذا جاء نص يخالف ذلك فى الأوقاف السابقة كأن يكون هناك نص صريح ينقض القسمة عند موت آخر واحد فى أى طبقة .

الثانية : أن نصيب من يموت عقيما يكون لأهل حصته ، أى الطبقة التى تكون فى شعبته التى استحق فيها ، فإن لم يكن أحد من طبقته فى هذه الشعبة حيا ، ولم يكن فرع لواحد من هذه الطبقة فى شعبة انتقل استحقاقه إلى شعبة أخرى هى أقرب الشعب إلى حصته ، ويتسلسل الاستحقاق فى علو إذا لم يوجد أحد فى حصته القريبة حتى يصل إلى أصل الغلة فى الوقف إذا لم يكن أحد فى أى طبقة من حصة قريبة ، ولنضرب لذلك المثل الآتى :

واقف وقف على أولاده وقفا مرتب الطبقات على أولاده .

حسين	إبراهيم	على
علية . محمد	عمر . بكر	عبدالله . أم كلثوم
عائشة	خديجة	حياة
حسين . محمد	فاطمة	طلحة . أحمد
إحسان	زينب ، حسن	

فإذا مات محمد عقيما كان نصيبه لحسين أخيه وذى طبقته ، وهو من شعبته ، فإن مات حسين قبله عن إحسان فإن نصيبه يكون لإحسان لأنها قائمة مقام أبيها فى حصة أبيها ، ولو كان أبوها حيا لأخذ نصيب أخيه المتوفى عقيما . وإذا مات أحمد عقيما كان نصيبه لطلحة ، وإذا فرض أنه لأحد فى هذه الطبقة كأن يموت طلحة وأحمد عقيمين فإن نصيبهما يكون لخديجة إن كانت على قيد الحياة ، فإن لم تكن على قيد الحياة كان النصيب لبكر إن كان حيا فإن لم يكن على قيد الحياة وزع على أصل الغلة فوزع على أصول كل شعبة ثم ينزل إلى كل فرع نصيب أبيه وهكذا يكون التقسيم فى داخل الشعب ، فإن لم يمكن نقل لأقرب الشعب ، فإن لم يمكن كان للأصل .

الثالثة :أن الطبقة فى عرف القانون هى الطبقة فى الشعبة أو فى الحصة كما عبر القانون ، فإذا قال أقرب الطبقات إليه كان المراد أقرب الطبقات فى الحصة ، فالقانون قرر أن الوقف المرتب الطبقات يكون عدة أوقاف تتسلسل منها عدة أوقاف ، فتتعدد الحصص والشعب ، ويكون أهل كل حصة كأنهم وقف مستقل عن باقى الأقسام .

ومع ذلك لم يعتبر الطبقة إلا فى داخل الأقسام ، وخالف بذلك أحكام الفقهاء الذين قرروا أن الأوقاف المتعددة التى اقترن فيها نصيب ذرية الأولاد بلفظ كل ، وهى أن يقول مثلا وقفت على أولادى ثم من بعد كل منهم على أولادهم إلى آخره إذا كان فيها أن نصيب العقيم يكون لأقرب الطبقات من أهل الوقف فإنه يكون لأهل الطبقة فى الوقف كله ، لأن عبارة الواقف تفسر فى موضوع الطبقة بالطبقة كلها لابشعبة منها ، والقانون فى هذا كان منطقيا مع مبادئه ، ومع اعتبار الشعب كأوقاف مستقلة .

الرابعة :أن الطبقة الجعلية ، وهى فرع من يموت ويقوم الفرع مقامه تكون كالطبقة الحقيقية تماما من كل الوجوه ، وبذلك اختار قول الذين يجعلون المرتبة الجعلية كالمرتبة الحقيقية إلا أن يكون النص فى كتاب

الوقف يخالف ذلك . بل إنه اعتبر فروع الولد المتوفين مستحقين لنصيب عمهم العقيم إن لم يكن سواهم .

٢٨٦ـ وتطبيق هذه الأحكام الخاصة بنصيب من يموت من غير فرع له إنما تطبق على الأوقاف السابقة إلا إذا كان ثمة نص يخالفها[١] ، ولذلك كان تطبيقه بالنسبة لهذه الأوقاف مبنيا على تطبيق القانون فى حال وجود نص من الوقف يمنع تطبيق القانون ، فإن لم يوجد هذا النص تطبق أحكام القانون وحده على النحو الذى شرحناه من قبل .

ولنضرب بعض الأمثلة على أنصبة العقيم التى جاء نص فى كتاب الوقف يخالف ما قرره القانون .

(١) إذا قال الواقف فى وقف مرتب الطبقات « ومن مات عن فرع قام فرعه مقامه فى الدرجة والاستحقاق ، ومن مات عقيما صرف نصيبه من الغلة لمسجد القرية أو للإنفاق على مضيفة الواقف ، فإنه يصرف على الجهة ولايذهب إلى طبقته ، ولا إلى أصل الغلة ، ويعتبر الوقف الأصلى قد انتهى عند هذا العقيم بالنسبة لحصته » .

(ب) لو قال الواقف فى وقف مرتب الطبقات : ومن مات عن غير ولد كان نصيبه لأولاد الموجودين من أهل طبقته ، فإن نصيبه يكون لهم ، ولا يكون لإخوته شيء من الاستحقاق فى هذه الحصص .

(جـ) لو قال الواقف : فى وقف مرتب الطبقات« ومن مات عقيما يكون نصيبه لإخوته الأشقاء دون الإخوة لأب ، ومن مات وفى حصة الوقف التى يستحق منها إخوة أشقاء وآخرون لأب ، فإن نصيبه يكون للأشقاء دون غيرهم ، ولايدخل فى النصيب الإخوة لأب ، ولا أولاد الإخوة الأشقاء ، لأن الأولين يخرجون بمقتضى النص والآخرين لاينطبق عليهم وصف الإخوة .

---

(١) راجع ذلك فى المادة الثامنة والخمسين .

(د) وإذا قال الواقف فى وقف مرتب الطبقات ، ومن مات عقيما كان نصيبه لإخوته المشاركين له فى الدرجة والاستحقاق ، فإن لم يكن له إخوة فلطبقته ، فإن لم يكن فلأقرب الطبقات إليه ، فإن الاستحقاق يكون لإخوته إن كان له إخوة ، فإن لم يكن له إخوة يكون لطبقته ، وإن لم يكونوا فى حصته ، لأنه لايمكن تفسير قول الواقف على أساس أنه أتى بمعنى جديد إلا على ذلك النحو لأننا إن فسرنا الطبقة بالطبقة فى الحصة فقط ، ثم ننتقل من بعدها إلى الحصة الأقرب كان فى ذلك إلغاء لعبارة الواقف« وإن لم يكن له إخوة فلطبقته » ولابد من إعمال كلام الواقف وإبعاده عن اللغو ، لأن القانون ما جاء لإبطال كلام الواقف بالنسبة للعقيم ، بل جاء لتفسيره بما يتفق مع أغراض الواقفين فى الجملة لابما يخالف نصوصهم التى توضح مقاصدهم وأغراضهم ، وغرض الواقف واضح بيّن فى هذا فلا يهمل . وإن قال : إن لم يكن إخوة فلأقرب الطبقات إليه يكون الاستحقاق لأقرب الطبقات فى حصته .

٢٨٧ ــ هذه أقوال الفقهاء بالنسبة لنصيب العقيم قرّبناها ، وهذا هو القانون قد فصلناه بإيجاز ، وعسى أن يكون ذلك مفيدا لقضائنا ، والله خير الحاكمين .

الولاية على الوقف

٢٨٨ ــ يحتاج الموقوف إلى من يقوم برعايته ، ويحافظ عليه بإصلاح ما يتهدم منه أو العمل على كافة ما فيه بقاؤه صالحا ناميا ، ثم يقوم باستغلاله بكل طرق الاستغلال المشروعة ، وإنفاق الغلات فى وجوهها ، وتوزيعها على مستحقيها ، وكل ذلك لايكون إلا بولاية قائمة عليه ، تتصرف فيه بالمصلحة ، وتحفظ أمواله بالأمانه ، وتوزعها على أصحابها بالعدالة ، ومن الحق علينا أن نتعرض فى بحثنا للمالك الأول لهذه الولاية ، وحدودها ، ومدى التبعات الواقعة على النظار فى تصرفاتهم ، وما يجب أن يتخذ لكى يسلكوا طريق الأمانة ، ولايعدوا سمتها .

وهذه الولاية تثبت أولا للواقف عند أبى يوسف رحمه الله تعالى ، فهو المالك الأول لها ، وعنه تصدر ، وإليه تعود ، ولايحتاج ثبوتها إلى نص عليها فى كتاب الواقف ، ولاعند إنشائه الشرعى ، وبهذا تضافرت عبارات كتب المذهب ، فقد جاء فى البحر :« فى الخلاصة قال أبو يوسف ، الولاية للواقف ، وله أن يعزل القيم فى حياته ، وإذا مات الواقف بطلت ولاية القيم » ومثل ذلك فى أمهات كتب الحنفية ، ومصادر مذهبهم ، وقد استدل لهذا فى الهداية وشرحها :

(أ) بأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف ، وإليه ينسب ، فهو أولى الناس بولايته ، وأحقهم بإدارته وحمايته ، ومثله من أعتق عبدا فله ولاؤه ، ومن بنى مسجدا للصلاة فهو أحق الناس بعمارته .

(ب) وبأن المتولى الذى يستمد منه الولاية فيستحيل ألا تكون له ، لأن فاقدالشىء لايعطيه ، ولأن يد القيم يده ، لأنه مختاره ، فهو قائم مقامه ، فيده يده ، وسلطانه من سلطانه .

الولاية إذن ثابتة للواقف ، ولو لم ينص عليها ، والقيم الذى يقيمه فى حياته وكيل عنه ، له أن يعزله فى أى وقت شاء ، ومتى أراد ، وإذا مات انعزل بموته ، لأن الوكيل ينعزل بموت الموكل ، وهذا إذا لم يوكله فى الحياة ، ويوصى إليه بعد الوفاة ، ومن أوصى إليه له عزله متى أراد ، لأن الموصى له عزل وصيه ما دام حيا ، وفى الجملة فإن الولاية والعزل عنها ثابتان للواقف ، ولايسقط حقه فى الولاية إلا إذا أثبت أنه غير أمين على الوقف ، فإذا ثبت ذلك كان للقاضى أن يمنع يده من الوقف حفظا له ، ورعاية لحق الفقراء وجهات البر التى نص على أن يكون مآل الوقف إليها ، لأن القاضى هو القائم بالولاية العامة التى قوامها رعاية المصالح ، ودفع المضار عمن لايمكنه أن يدفعها بنفسه ، والوقف فى يد الواقف غير المأمون كمال اليتيم فى يد الوصى غير الأمين ، وكما أن للقاضى أن ينزع مال اليتيم من يد الوصى الخائن ، كذلك له أن ينزع الوقف من يد الخائن

ولو كان الواقف ، وإذا شرط ألا ينزع منه أو ممن يعينه ولو خان لايلتفت إلى شرطه ، لأنه شرط ليس فى مصلحة الوقف الأخذ به ، وإقرار الخائن ليس من المبادىء الشرعية فى شىء .

ومذهب هلال فى الولاية كمذهب أبى يوسف كما جاء فى أكثر الكتب وكما جاء فى كتابه ، فقد قال الطرسوسى فى فتاويه :« وقال هلال : قلت : أرأيت إذا قال أرضى صدقة موقوفة على أن ولايتها إلى فلان بن فلان ؟ قال : الوقف جائز ، والولاية لفلان ، قلت : فللواقف أن يليها بنفسه دون فلان الذى شرط له الولاية ؟ قال : نعم ، قلت : فله إخراج الذى شرط له الولاية من ولاية هذه الصدقة ؟ قال : نعم له إخراجه ، وإنما هو بمنزلة الوكيل ، فله إخراجه كلما بدا له[1] » ومنه يفهم أن الولاية ثابتة للواقف ، ولاتذهب عنه صفتها ، ولو أقام غيره ناظرا ، بل لانزع إلا إذا صار هو ليس أهلا للولاية ، بثبوت خيانة أو فسق ، وقد يبقى إذا أمكن دفع شره بضم غيره إليه ، أو بتعيين مشرف عليه .

٢٨٩ـ ولم يرد نص صريح يبين حقيقة مذهب محمد ، ولذا اختلفت فى بيانه عبارات الكتب ، ففى الهداية ما يفيد أن مذهب محمد أن الولاية له بالشرط ، وإن لم يشرطها لم تكن له ولاية فقد جاء فيها« وذكر هلال فى وقفه ، أنه قال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية ، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية . قال مشايخنا : الأشبه أن يكون هذا قول محمد ، لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف ، فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه » ، وترى من هذا أن صاحب الهداية يقول عن حكاية هلال عن أقوام بأن الولاية تثبت بالشرط ، بأنها شبيهة بقول محمد ، وقد أيد صاحب العناية بقوله« والدليل على ذلك ما ذكره محمد فى السير إذا وقف ضيعة ، وأخرجها إلى القيم لاتكون الولاية بعد ذلك ، إلا أن يشترط

---

(١) راجع الهداية وفتح القدير الجزء الخامس ص ٦١ .

الولاية لنفسه فى ابتداء الوقف ، أما إذا لم يشترط فى ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم »[١] .

وعلى هذه الرواية ليس للواقف عزل من ولاه إلا إذا شرط لنفسه حق العزل عند إنشاء الوقف ، لأن الولاية والعزل لايثبتان له إلا بالشرط ، إذ بعد التسليم قد خلصت العين لله ، ولم يعد فيها أى حق إلا ما كان تنفيذا لشرط ، وليست هذه نظرة أبى يوسف إلى الولاية ، فإنه يرى أن حق الولاية كحق الولاء فى العتق ، يثبت من غير شرط ومن غير نص .

وجاء فى عبارة بعض الكتب ما يفيد أن مذهب محمد فى الولاية أنها لا تكون للواقف فى أى حال من الأحوال ، بل إنه لوشرط عند إنشاء الوقف أن تكون له ولايته ، كان الوقفَ والشرط باطلين ، لأنه شرط ينافى التسليم ، والتسليم شرط فى تمام الوقف ولزومه عند محمد كما بينا ، ولكن أكثر كتب المذهب على الرواية الأولى ، ويؤيدها ما جاء فى السير ، كما علمت ، وقد تساءل بعض الفقهاء : كيف يمكن التوفيق بين إجازة أن تكون الولاية للواقف بالشرط وبين شرط التسليم ؟ وقد أجاب عن ذلك كمال الدين بن الهمام فى فتح القدير ، بأن التوفيق ممكن بأحد أمرين :

(**أولهما**) أن يسلم الواقف العين لقيّم يقام لأجل التسليم ، وبعد تمام التسليم ، وخلوص العين لله ، وخروجها عن ملك الواقف ، يتولاها بحكم الشرط ، لاباعتبار كونه واقفا .

(**وثانيهما**) أنه فى حال اشتراط الولاية لنفسه يسقط شرط تسليم غيره ، لأنه يتولاه حينئذ باعتباره قيما على الوقف بالشرط لاباعتبار كونه واقفا ، وذلك يغنى عن التسليم لأجنبى ، لأن معنى التسليم فيه وحقيقته ثابتة ، والعبرة فى المسائل الفقهية بالمعانى والاعتبارات ، لابالأمور المادية ، وقد جاء فى الذخيرة والتتمة ما يفيد ذلك[٢] ، ويظهر لى أن الجواب

---

(١) الهداية والعناية الجزء الخامس ص ٦٠ .

(٢) راجع فتح القدير الجزء الخامس ص ٦٠ .

الأول أسلم وأقوم ، فإن التسليم إلى القيم يتم به الوقف ، وتخرج به العين عن الملك ، فإذا تولاها بعد ذلك بمقتضى الشرط ، لم تكن ثمة منافاة مطلقا ، إذ لايكون هناك فرق بينه وبين سائر القوام الذين يتولون بمقتضى الشرط عند إنشاء الوقف ، لافى الاعتبار ولافى التصرف ، لأنهم يتولون تنفيذ الشرط ، وهم نائبون عن المستحقين عند محمد ، وتصرفاتهم فى دائرة مصلحة الوقف والمستحقين ، وكون المولى هو الواقف لاينافى هذه الحقائق .

٢٩٠ ـــ والفتوى والعمل على مذهب أبى يوسف ، وهو ظاهر المذهب ، فالولاية ثابتة للواقف من غير نص ، على ما هو مذهبه ، وثابتة لمن يقيمه هو بالنص عليه أو بتعريفه تعريفا تمكن معه معرفته ، كأن يقول : لأكبر المستحقين سنا أو للأرشد منهم ، فالولاية لمن عرفه ووصفه ، وليس للقاضى عزل من عينه الواقف من غير خيانة أو فسق ، وإذا مات الواقف ، ولم يبين لمن تكون ولاية الوقف ، فالرأى فى الولاية للقاضى الذى جعل له الحاكم ذلك ، لأنه نصب ناظرا لكل من عجز بنفسه عن النظر ، والواقف قد مات ، فهو عاجز عن الإدارة ، ومصرف الوقف عاجز عن التصرف فى الوقف لنفسه ، فالرأى فى نصيب القيم إذن إليه(١) .

وقد جاء فى أمهات كتب المذهب« أن القاضى لايولى من الأجانب ما وجدفى ولد الواقف وأهل بيته من يصلح لإدارة شئون الوقف ، فإن لم يوجد فيهم من يصلح ، فولى أجنبيا ثم وجد بعد ذلك من يصلح ـــ ولاه القاضى وعزل الأجنبى ، وذلك لأن الظاهر من أحوال الواقفين أنهم يريدون أن يكون الوقف منسوبا إليهم ، ومن مقاصدهم أن تكون ولايته لأولادهم وآل بيتهم لأن الواقف وآله أشفق على الوقف ، وأرعى له وأحفظ » .

ولكن هل تولية أحد آل الواقف أو ولده واجبة على القاضى ماداموا صالحين ؟ يميل أكثر الكتاب وأصحاب الفتاوى إلى أن ذلك هو الأفضل

---

(١) راجع المبسوط الجزء الثانى عشر ص ٤٤ .

وإن كانت ولاية الأجنبى فى هذه الحال جائزة سائغة .

ولذا جاء فى المبسوط فى بيان تولية القاضى ولد الواقف أو أحد آل بيته إن كان يصلح :« إنه بدون الشرط لايستحق على القاضى أن يفعل ذلك .... فإذا ذكر هذا فى كتابه وجب على القاضى مراعاة شرطه ، لقوله تعالى :« **فإنما إثمه على الذين يبدلونه** »(١) . وكونه فى يد ولده إذا كان يصلح لذلك أنفع » ومنه يفهم إذن أن الأنفع ألاَّ يولى إلا من ولد الواقف ، ولو لم يشترط ذلك ، وأن ذلك غير مستحق على القاضى ، ولا واجب عليه ، لازم الأداء ، وهذا هو المقبول ، لأن نظر القاضى للمصلحة ، فيجب ألاَّ يقيد تقديره ، مادام لم يكن هناك من شروط الواقف المعتبرة شرعا مايقيده . وقد جاء القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م فجعل ذلك واجبا .

٢٩١ ـــ مما سبق كله علمنا أن الولاية فى الوقف فى ظاهر مذهب الحنفية للواقف ، ثم لمن يوليه من بعده فإن لم يعين أحدا فهى للقاضى ، أما مذهب مالك رضى الله عنه ، فقد علمت أنه يشترط الحيازة ، وعلى ذلك لاتضر ولاية الواقف على الوقف مادامت لاتتنافى مع شرط الحيازة ، ولا يصح أن تبقى هذه الولاية إذا تنافت مع شرط الحيازة .

ولذا إذا كان الوقف على محجوره ، ويده هى يده ، وحيازته هى حيازته لم تكن ولايته الوقف مبطلة له ، ولو اشترط أن تكون الولايةله ، وإن لم يكن الوقف على محجوره ، فإن استمرت يده على الوقف ، ولم توجد حيازة ، ثم حدث مانع بطل الوقف ، كما لو كانت يده على الوقف من غير شرط الولاية ، إذ قد نصت كتب المالكية على أن اشتراط الواقف أن يكون النظر له يبطل الوقف إن حصل مانع لم تتم معه الحيازة ، وإن علم القاضى بذلك الشرط قبل وجود المانع ، كان الوقف صحيحا ، وأجبر الناظر على تسليم الوقف ، لكيلا يؤدى شرطه إلى بطلان الوقف بحصول

---

(١) سورة البقرة الآية ١٨١ .

مانع يمنع الحيازة[1] ، ومن هذا نفهم أن مالكا يمنع أن يكون الوقف فى يد الواقف ، وتحت ولايته ، خشية أن يؤدى إلى بطلان بوجود ما يمنع الحيازة[2] .

ولذا جاء فى فتح البارى :« قال ابن بطال : وإنما منع مالك من ذلك (تولى الواقف الوقف) لئلا يصير كأنه وقف على نفسه ، أو يطول العهد فينسى الوقف ، أو يفلس الواقف فيتصرف فيه لنفسه ، أو يموت فيتصرف فيه ورثته ، وهذا لايمنع الجواز إذا حصل الأمن من ذلك » . وإذا جمع الواقف بين الولاية له والحيازة من الموقوف عليه أو الناظر الذى يقام لذلك ، فقد روى أن ذلك يصح عند المالكية ، ولذا جاء فى فتح البارى فى حكاية أقوال المالكية فى الولاية أيضا :« قيل إن دفعه الواقف لغيره ليجمع غلته ولايتولى تفرقتها إلا الواقف جاز » .

من كل هذه النقول نرى أن مالكا رضى الله عنه منع الواقف من الولاية بالقدر الذى يتنافى مع الحيازة الصحيحة ، ثم تكون الولاية لمن يشترط الواقف له الولاية ، ولقد جاء فى مواهب الجليل :« قال ابن عرفة ، والنظر فى الحبس لمن جعله إليه محبسه ... يجعله لمن يثق به فى دينه » وله ذلك مادام حيا ، ومن يوليه فله عزل واستبدال غيره به فى أى وقت شاء » ، وجاء فى مواهب الجليل أيضا :« قال ابن عرفة لو قدم المحبس من رآه لذلك أهلا ، فله عزله واستبداله » لأن حق التولية له ، وإن كان قد منع من الولاية بنفسه لمنافاة ذلك لشرط الحيازة . وإذا مات الواقف ، فإن كان قد أوصى إلى غيره بالولاية من بعده كانت له الولاية ، ولوصيه حق الإيصا لغيره إن جعل له ذلك ، كأن يقول له :« إذا حدث بك الموت فأسنده لمن شئت فله إذن أن يسنده لمن شاء بعد موته ، ووصى ماله وصى على وقفه ، وإن

---

(١) راجع الشرح الصغير الجزء الثانى ص ٢٦٧ .

(٢) تذكر هنا موانع الحيازة المنوه عنها من قبل .

لم ينص على الحبس بالذات ، لما علمت من أن الملك فى الوقف ثابت للواقف ، لاينفصل عنه عند المالكية .

وإن أغفل الواقف أمر من يتولاه ، فإن كان على غير معين أو على معين لايملك أمر نفسه ، فالولاية للقاضى يولى من يشاء ، وإن كان الموقوف عليه معينا مالكا أمر نفسه ، فالولاية فى الوقف إليه وإلى من يختاره متوليا على الوقف ، وبهذا جرت عبارات أكثر المذهب المالكى ، ولذا جاء فى مواهب الجليل« فإن غفل المحبس عن ذلك ، (إقامة ناظر) كان النظر للحاكم . هذا — والله أعلم — إذا لم يكن الموقوف عليه معينا مالكا أمر نفسه ، وأما إن كان مالكا أمر نفسه ، ولم يول المحبس على حبسه أحدا ، فهو الذى يحوزه ويتولاه ، يدل على ذلك غالب عبارات أهل المذهب فى كتاب الحبس ، وكتاب الصدقة ، وكتاب الهبة من المدونة » وجاء فيه أيضا « ومن سماع عيسى مسألة تتعلق بالناظر قال فيها أنه لايوصى بالنظر عند موته ، ولكن إن كان المحبس حيا ، كان النظر لمن يقدمه ، وإن كان قد مات فإن كان المحبس عليهم كبارا أهل الرضا تولوا حبسهم بأنفسهم ، وإلاَّ قدم السلطان من ينظر ... وفى سماع سحنون مسألة تدل على أن المحبس عليهم إذا كانوا كبارا تولوا حبسهم بأنفسهم »[١] .

من هذا يستبين أن الراجح فى مذهب المالكية أن الولاية تكون للموقوف عليهم أو لمن يختارونه إذا كان الموقوف عليهم معينين ، وكانوا كبارا أهل رضا ، مالكين لأنفسهم إذا لم يبين الواقف من تكون له الولاية .

٢٩٢ — والولاية عند الشافعية لاتثبت للواقف إلا بالشرط عند إنشاء الوقف ، وإن لم يحفظ لنفسه حق الولاية عند الإنشاء ، وجعلها لغيره كانت الولاية لمن شرط له ، فإن لم يجعلها لأحد اختلف فقهاء الشافعية فى ذلك ، ففريق قال إن الولاية للواقف ، لأن النظر يكون له بالشرط ، فإذا لم يشترطه

---

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣١ .

لغيره فهو لم يسقط حقه لأحد ، فيبقى له النظر ، وفريق قال إنه للموقوف عليه ، لأنه صاحب الغلة فهو صاحب الرعاية عليها ، والولاية تابعة لها ، وفريق قال إنها للحاكم ، لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه ، وحق من ينتقل إليه الوقف من بعده ، فكان الحاكم أحق بولايته ، لأنه الحافظ لحق كل من لايستطيع حفظ حقه ، ولأن الولاية على الوقف فى هذه الحال شاغرة ، والحاكم ولى من لا ولى له(١) ، وقد وجه بعضهم هذه الأقوال الثلاثة بأنها مبنية على الاختلاف فى الملك ، فمن قال إن الملكية فى الوقف لله ، قال إن الولاية عند عدم الشرط تكون للقاضى ، ومن قال إن الملكية باقية للواقف قال إن الولاية تستمر للواقف ، وإن لم يشرطها ، ومن قال إن الملكية للموقوف عليه جعل الولاية له ، والأقوال الثلاثة فى الملكية قيلت عند الشافعية(٢) ، وإن كان الراجح هو الأول وهو أن تكون للحاكم أو القاضى .

وإذا كان ذلك الاختلاف مبنياً على الاختلاف فى ملكية الوقف ، والراجح أن الملك لله سبحانه وتعالى ، فالراجح إذن أن الولاية على الوقف عند عدم اشتراطها لأحد تكون للقاضى ، وعلى هذا سارت كتب الشافعية ، فقد جاء فى نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج :« وإن لم يشرطه لأحد ، فالنظر للقاضى ، إذ نظره عام ، فهو أولى من غيره ، ولو واقفا أو موقوفا عليه ، وإن كان معينا » .

وليس للواقف عزل الناظر الذى تولى بشرطه ، مادام لم يشرط الولاية لنفسه فإن كان هو الناظر وولّى غيره النظر فله عزله ، لأنه وكيل عنه ، والموكل له عزل الوكيل فى أى وقت شاء ، ولكن بعض الشافعية لايجعل ذلك الحق مطلقا ، بل يجعله فقط فى الحال التى لايكون فيها نص من الواقف عند إنشاء الوقف — على التفويض ، أما إذا نص على التفويض كأن

---

(١) ملخص بتوضيح من المهذب الجزء الأول ص ٤٥٢ .

(٢) راجع الجزء الثالث من شرح المنهج ، وحاشية البجيرمى عليه ص ١٥٩ .

يقول إن له حق النظر وأن يسنده لمن يشاء ، فإذا أسنده لغيره ، كان ذلك تفويضا لاتوكيلا ، والتفويض تمليك ، ولايكون التمليك إلا إذا أسقط حقه في الولاية ، فهو بمقتضى ذلك التفويض قد أسقط حقه ، والساقط لايعود ، ولكن السبكي خطأ أصحاب هذا الرأى ، وقال إن من يتولى من جانب الواقف المشروط له النظر سواء اشترط لنفسه حق الإسناد لغيره أم لم يشترط فهو وكيل ، والموكل يملك عزل الوكيل كلما أراد(١) .

وإذا وازنّا بين مذهب الشافعى ، ومذهب مالك رضى الله عنهما نجد كلا منهما قد وسع فى ناحية ، وضيق فى ناحية ، فالشافعى وسع فى ناحية إثبات حق النظر للواقف ، فأجازه له بالشرط ، وضيق حق الواقف فى عزل المولى ، فمنعه إلا إذا كان هو ناظرا مولىً بالشرط . ومالك قد ضيق ، فمنع الولاية عن الواقف إلا فى بعض الأحوال ، ووسع فأعطى الواقف حق العزل والتعيين كلما بدا له .

٢٩٣ — ومذهب الإمام أحمد رضى الله عنه يقارب مذهب الشافعية ، فالولاية عنده لمن شرطه الواقف له ، سواء أكان هو أم غيره ، وإذا مات من شرطت له الولاية ، أو لم تشترط لأحد عند الوقف لاتثبت الولاية للواقف فى حال من هذه الأحوال ، إذ الولاية يتبع فى شأنها شرط الواقف المعتبر ، ولايعتبر من الشروط إلا ما كان عند إنشاء الوقف ، ولايلتفت إلى الشروط التى تشترط بعد ذلك ، وإذا لم يجعل الواقف النظر لأحد عند إنشاء الوقف ، فإن كان الوقف على جهة عامة أو على غير محصورين كالمساجد والقناطر والمساكن فالولاية إلى حاكم المسلمين ، لأنه ليس له متول معين يشرف عليه ويرعاه ، وللحاكم أن ينيب فيه من شاء لأن الحاكم لايمكنه تولى النظر بنفسه ، لتعدد مانيط به من واجبات ، وألقى على عنقه من تكليفات . وإن كان الوقف على آدمى معين محصور ، سواء أكان عددا أم واحدا ، فالنظر للموقوف عليه ، لأنه يختص بنفعه ، فكان

(١) مأخوذة بتوضيح من نهاية المحتاج الجزء الرابع ص ٢٩٢ .

نظره إليه كملكه المطلق ، وقيل إن النظر يكون للحاكم ، والأكثرون على الأول . وإن كان الموقوف عليه سفيها ، أو صغيرا ، أو مجنونا قام وليه فى النظر مقامه ، كملكه المطلق[١] .

والفرق الواضح بين مذهب الحنابلة والشافعية رضى الله عنهم هو أن الراجح عند الشافعية عند عدم الشرط أن الولاية تكون للحاكم ، ولو كان الموقوف عليه معينا ، والراجح عند الحنابلة أن الولاية تكون فى هذه الحالة للموقوف عليهم ، وإن تعدد الموقوف عليهم كان كل واحد منهم ناظرا فى حصته يتولاها هو ، ويشرف عليها ، ويستغلها بكل طرق الاستغلال التى أجازها الواقف والمذهب ، ويتحقق ذلك إن كان قابلا للقسمة ، ويمكن الانتفاع به بالوجه الذى بينه الواقف بعد التقسيم انتفاعا كاملا فى كل قسم ، ومكن كل واقف من حصته ، وإن لم يكن التقسيم على هذا الوجه كانت النظارة لهم جميعا مجتمعين ، ليمكن كل واحد من الإشراف على حصته ، ويتولى أمرها بحيث لايتعدى على غيره ، ولايضار أحد منهم بسبب اشتراك غيره معه .

٢٩٤- ولاشك أن من بين هذه المذاهب مايصلح بعض ما كان يقع من تنازل مستمر بين المسيطرين على الأوقاف ومستحقيها ، ويقضى على ما كنا نراه من أن الأوقاف قد صارت نهبا مقسما لنظارها ، ولاينال إلا العفو اليسير مستحقوها ، ولقد صارت إدارة الأوقاف الكبيرة مطمعا لبعض الناس يتناجرون فى سبيلها ، ويتزاحمون بالمناكب للاستيلاء عليها ، لأنهم ينظرون إليها على أنها مغنم يجر الربح الوفير ، وليست عملا له تبعات ، قوامها أداء الحقوق لأصحابها ، والحفاظ المستمر بأعين ساهرة على أعيان الوقف ، وما يجب لها من إصلاح وعمارة ، وأن من يدخل على تلك النية يفسد ولايصلح ، ويضر ولاينفع ، ويستفيد ولايفيد ، وقديما قال الفقهاء : لايولى نظارة الأوقاف من يبغيها ويطلبها . كما لايولى القضاء من يرغب فيه ويسعى

---

(١) راجع المغنى الجزء السادس ص ٢٤٢ ، والشرح الكبير الجزء السادس ص ١٣٢ ، وكشاف القناع الجزء الثانى ص ٤٥٦ .

إليه . لأن من يتولى راغبا طالبا شهوة المال أو شهوة السلطان تغلب عليه رغبته . وقد تسيطر عليه شهوته . ومن تلك الناحية يجيء ضعف الإرادة ، ويجد شيطان الظلم الثغرة التي ينفذ منها إلى العبث والفساد والخراب .

وإنا لنجد أن المذهب الذى يذهب ببعض الفساد هو ما رجح عند المالكية ، وعند الحنابلة من أن النظارة تكون للموقوف عليهم إذا كانوا معينين إذا لم يبين الواقف من تكون له الولاية ، فإن ذلك يقضى على مطامع بعض الناس فى الأوقاف ، ويقضى على شرة الخلاف الذى يقع بسبب الإدارة ويقوم بينهم ، ولأن المستحقين فى الأوقاف أحفظ الناس لغلاتها ، وأرعاهم لثمرتها ، وإذا شعروا بأنهم ذوو السلطان على وقفهم رعوه رعاية الأشخاص لأملاكهم الطليقة ، واستحفظوا عليه استحفاظهم على أشيائهم وما تملك أيديهم ، فيجتهدون فى أن يكون مستمر الإدرار كثير الخيرات ، كما يجتهد من له در البقرة فى إشباعها وإراحتها ، ليدوم له نفعها ، وليكثر حلبها .

وفى جعل الولاية للموقوف عليهم لايقتطع من الوقف أجر النظر ، وهو فى كثير من الأحيان ليس قدرا يسيرا يستهان به ، بل هو فى الكثير الغالب سهم كبير تستشرف له النفوس ، وتتطلع إليه الأنظار ، وتشرئب له الأعناق ، ومن هنا الخطر ، ومن هنا تنبت بذور الشر والخلاف .

وفوق ذلك إذا صارت الإدارة للمستحقين يذهب خطر خيانة النظار ، أو احتمال خيانتهم وطمعهم وسوء تدبيرهم ، فإن ما يصل إلى المدير من المال إنما هو مال ، وهو له ملك حر ، فهو المستحق والمستغل ، وهو صاحب الثمرة ، فلا خيانة ولا إضرار إذا لم يكن أمينا ، أما إذا كان المتولى غير المستحق فلابد أن يكون أمينا جد أمين ، ولابد أن يكون عادلا جد عادل ، ودون العثور على هذا الصنف من الرجال ينبت الظهر ، وينقطع الشأو ، والله عليم بذات الصدور .

وقد يقول قائل : إن الولاية إذا كانت للموقوف عليه قد يترتب عليها أن يذهب به فرط حرصه على إدرار العين للغلات أن يتجه إلى الاستغلال

من غير أن يتجه إلى الاصلاح ، فيستشف منها كل ما عساه يكون فيها من خير ، ثم يتركها لمن يخلفه من المستحقين ، وقد صارت خرابا بلقعا ، أو قربت ذلك وشارفته .

وذلك قول فيه حق ، ولذلك نرى أنه إذا جعلت إدارة الوقف للمستحقين أن يؤخذ منهم مقدار من المال كل عام ، يقدر بالتعيين ، أو بالنسبة للغلة وما يعود من الوقف ، يكون ذلك لإصلاح أعيان الوقف ، أو يحفظ ليكون وسيلة لحفظ الأعين ، لما عساه يعرض لها من آفات جائحة أو ضارة ، وفى الجملة أنا لانعتقد أن الأخذ بذلك المذهب مع هذا الاحتياط فيه تخفيف في بعض الأحوال من حدة الخلاف ، وتغليق لأبواب الخيانة علي قاصديها ، وتمكين لأصحاب الحقوق من حقوقهم كاملة غير منقوصة ، وقد أخذ بذلك القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م ، فقرر أنه لايعين أجنبى مادام فى المستحقين من يصلحون للنظر ، وأجاز قسمة الوقف قسمة لازمة بين المستحقين ليدير كل مستحق قسمه ، ولكن لاتكون هذه القسمة لازمة إذا كان الواقف حيا ، لأن الولاية للواقف مادام حيا كما هو المذهب الحنفى فلا تلزم فى حياته .

التوكيل والتفويض

٢٩٥ — وقبل أن نترك الكلام فيمن له الولاية على الوقف بالأصالة أو بالشرط نتكلم فى نقطة لها صلة بذلك ، وهى حق المولى فى التوكيل والتفويض ، ولاشك أن الناظر سواء أكان مولى من قبل الواقف أو بمقتضى شرطه ، أم مولى من قبل القاضى له أن يوكل من يشاء فى التصرفات التى يملكها أو فى بعضها ، لأن التوكيل إنابة غيره عنه فيما له حق التصرف فيه ، وهو تصرف غير لازم ، بل جائز ، ولايسلب الحق عن الأصيل ، بل يستمر له ، فليس فى التوكيل مخالفة لتولية من ولاه ، إذ الوكيل يتكلم بلسان الموكل ، وفعله فعله ، وتصرفاته كلها تبعاتها عليه .

وإذا وكل ناظر الوقف شخصا فله عزله فى أى وقت شاء ، وأجرته لاتكون إلا من أجرة الناظر ، وينعزل بموت الناظر أو جنونه ، كما ينعزل بجنونه هو ، أو عزله نفسه ، ولكنه لاينعزل بعزل الناظر ، إلا إذا علم هو ، كما لاينعزل بعزل نفسه إلا إذا علم الناظر ، فكل التصرفات التى تقع قبل علم الطرف الآخر تكون سائغة لازمة على ما هو معلوم فى باب الوكالة ، وعلى هذا جرى العمل من قديم الزمان ، ولانعرف فيه خلافا فى الجملة بين الأئمة رضوان الله تعالى عليهم .

أما التفويض فهو إسناد الناظر ولاية الوقف إلى غيره ، وتفريغ نفسه منها بإقامة هذا الذى أقامه مقامه فى كل ما يملك ، وهو يتصرف فيما كان يتصرف فيه الناظر على وجه الولاية ، لاعلى وجه الإنابة عمن فوضه ، لأن التفويض يتضمن أمرين : **أحدهما** عزل الناظر نفسه وتفريغها ، **وثانيهما** تمليك غيره الولاية على الوقف مستقلا بها .

والتفويض يملكه المتولى أمر الوقف عند الحنفية فى أحوال ثلاثة هى :

(أ) إذا أعطاه من ولاه له ذلك الحق سواء أكان الواقف أم القاضى ، بأن جعل له أن يسند النظر لمن يشاء ، أو يفوض لمن يشاء أو يوصى إلى من شاء ، فإذا جعل له ذلك كان له أن يفوض مطلقا فى حال الصحة وحال المرض لأن ذلك حق له اكتسبه ممن ولاه ، وإذا فرغ نفسه وملك النظر لغيره ، فليس له أن يعزله ويقيم نفسه مقامه ، ويسترد ما كان له ، إلا إذا اشترط الواقف له ذلك ، وجعل له الحق فى أن يفوض لمن يشاء ، ويعزله فى أى وقت ، لأنه لامشاحة فيما يشترط الواقفون مما له مساغ فى الشريعة ، ولاضرر فيه .

(ب) إذا كان مولى من قبل الواقف ، ولم يجعل له حق التفويض ، وأراد التفويض ، وهو مريض مرض الموت ، فقد قالوا : إن تفويضه فى هذه الحال يصح ، ويتم من غير إذن القاضى أو تقريره ، وعللوا قولهم هذا بأن

التفويض فى المرض إيصاء ، والقيم على الوقف من قبل الواقف كالوصى المختار ، له أن يوصى لغيره بعد وفاته ، وقد اعترض على ذلك التعليل بعض الفقهاء فقال :« إنه قياس مع الفارق لأن كلامنا فى تفويض المتولى ، بمعنى فراغه عن النظر ونزوله عنه لشخص آخر ، لافى الإيصاء لغيره ، حتى يصح القياس على الوصى ، وذلك لأن الإيصاء هو جعل الإنسان غيره وصيا بعد موته ، والتفويض هو جعل الإنسان غيره متوليا فى الحال ، فافترقا». اهـ، وقد علق على هذا الاعتراض أستاذنا المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ، فقال : هذا اعتراض وجيه ، ولكن المنصوص فى المذهب خلافه[١] . ونقول أن ذكرهم ذلك فى باب التفويض لايغير الحقائق الشرعية فلا يجعل الإيصال تفويضا والحقيقتان متباينتان ، ولذا لانرى هذا تفويضا .

(ج)إذا كان من ولاه لم يأذن له بالتفويض ، ولم يكن هو مريضا مرض الموت وفوض — صح تفويضه إذا قرر القاضى من فوض إليه ، فإذا لم يقرر القاضى من فوض إليه لم يصح التفويض ، ولم يصح الفراغ عن النظر ، بل تستمر الولاية له ، ولايعتبر تفويضه نزولا ، لأنه علق تفريغ نفسه على إقامة من عينه ناظرا ، فما لم يتم التعيين ، تبقى له الولاية .

هذا وللقيم المعين من قبل الواقف أن يوصى لغيره فى أى وقت شاء فى الصحة أو المرض ، وتكون وصية لازمة من بعد وفاته مالم يردها الموصى إليه ، وما لم يكن فى تنفيذها مخالفة لشرط الواقف فى الولاية ، كأن يعين الواقف الوالى من بعد القيم بالشخص أو بالوقف ، فإذا أوصى لغير ذلك المعين ، كان إيصاله باطلا ، فلا يلزم بعد وفاته لأن فيه مخالفة لشرط الواقف .

٢٩٦ — هذا مذهب الحنفية فى التفويض ، وقد بينا فيه أحكام المولى إذا كان غير الواقف ، أما الواقف فقد ألمعنا إلى تفويضه فى أول الولاية[٢] . ومذهب المالكية يجيز للناظر التوكيل فى أى وقت شاء

(١) راجع التزام التبرعات .

(٢) راجع نبذة رقم ٢٨٨ وما بعدها ومنها يتبين أن محمدا فى أرجح الروايات عنه يعتبر الواقف كغيره —

وحيثما أراد ، لأن الوكيل يتصرف بسلطان الموكل كما بينا ، ولكن جاء في مواهب الجليل أن من ولاه الواقف على وظيفة بأجرة ، فاستناب فيها غيره ، ولم يباشر الوظيفة بنفسه ، فإنه لايجوز له تناول الأجرة ، وكذلك لايجوز لنائبه ، لأنه لم يباشر هو الوظيفة بنفسه ، وما عين له لايستحقه إلا بمباشرته بنفسه ، ولم يعين الواقف النائب فلا يستحق شيئا ، وهذا إذا لم تكن الاستنابة لعذر طارئ مانع ، فإن كانت لذلك جاز للمنيب تناول الريع وما يخصه ، وأن يطلق لنائبه ماأحب منه .

وأما التفويض ، وهو تمليك الولاية على ما علمت ، فهو جائز من الواقف في أى وقت شاء ، وله عزل من يفوض إليه في أى وقت شاء ، لايحده في ذلك قيد من القيود ، ولاوقت من الأوقات ، وله أن يوصي لمن شاء بعد موته ، وله أن يعطى من يختار حق الولاية في حياته ، والإيصاء بعد موته ، فتفويض النظر حق للواقف بكل معاني التفويض ، وما تتسع له من أحكـام ،، وإن كان هو سليبا من الولاية لايستطيع أن يتولى زمام الوقف بنفسه ، إلا في أحوال مستثناة والأصل ألاّ تكون له الولاية .

هذا حق الواقف في التفويض ، أما حق الناظر الذى ولاه الواقف في التفويض فليس له الحق إلا بنص من الواقف ، سواء أكان في حال الصحة أم في حال من المرض ، وله حق الإيصاء إن أعطاه الواقف ذلك الحق ، وقد رجع المالكية ذلك إلى قاعدة عندهم نص عليها في باب الأقضية ، وهي أن كل من ملك حقا على وجه يمكن معه عزله منه ، فليس له أن يوصى به ، كالقاضي والوكيل ولومفوضا ، وخليفة القاضي للأيتام وشبه ذلك[١] . ولاشك أن الولى الذى عينه الواقف له عزله في أى وقت شاء ، ومتى أراد ، فليس له بالبناءعلى هذه القاعدة أن يوصى إلى غيره .

= من الناس لا يثبت له شيء إلا بالاشتراط ، وأما أبويوسف فيعتبر الواقف المالك الأول للولاية ، وله أن يعين ويعزل في أى وقت شاء ، لأن من يعينه وكيل في الحياة ، ووصى بعد الوفاة وكلاهما غير ملزم بالبقاء .

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٢٢٨ .

٢٩٧ ــ وعند الشافعى للناظر التوكيل وعزل من ولاه فى أى وقت شاء ، أما التفويض فليس له إلا بالنص عليه ، وإجازته له عند شرط النظر ، وهكذا كل ما فى معنى التفويض ، ومن فوض إليه(إن أجيز له) فليس له أن يعزله ، ولذا جاء فى نهاية المحتاج :« لو شرط النظر لإنسان ، وجعل له أن يسنده من شاء فأسنده لآخر ، لم يكن له عزله ولامشاركته ، ولايعود النظر إليه بعد موته ، وبنظير ذلك أفتى فقهاء الشام . وعللوه بأن التفويض بمثابة التمليك »[١] .

وقد نص فى كتب الشافعية على أن الناظر الذى عين إنشاء الوقف ليس له أن يعزل نفسه ، ولو عزلها لاينعزل ، لوملك النظر غيره لم يصح ما لم يرد نص على ذلك ، وقالوا إنه إن عزل نفسه يقيم الحاكم متكلما مدة إعراضه فلو أراد العود لم يحتج إلى تولية جديدة ، وجاء فى حاشية الشبراملسى« ومن علل نفسه كما لو أسقط حقه من النظر لغيره بفراغ له فلا يسقط حقه ، ويستنيب القاضى من يباشر عنه فى الوظيفة »[٢] ومن هذا كله ترى أن الشافعية يقيدون نطاق التفويض ، ويفتحون الباب على مصراعيه فيه ، وخصوصا فيما كان من الولاية مشروطا عند إنشاء الوقف ، وذلك لأن الواقف اختار شخصا ، فيجب أن يمكن من الولاية ما أمكن إسنادها إليه ، ولايصح أن يفرض هو إرادته على الوقف فرضا ، فيولى من شاء بتفويض أو غيره ، ما لم ينص له على ذلك .

٢٩٨ ــ والتفويض عند الحنابلة لايجوز من الناظر المعين بشرط الواقف أو بتعين الحاكم إلا إذا شرط له ذلك ، ومثل التفويض فى ذلك الإيصاء بالنظر لغيره من بعد موته ، أما من يتولى النظر بالأصالة وهو الموقوف عليهم والحاكم ، فهم أولياء على الواقف عند عدم الشرط أصالة من غير نص ، فلهم التفويض فى أى وقت شاءوا ، وعزل من فوضوه فى

---

(١) نهاية المحتاج الجزء الرابع ص ٢٩٢ .

(٢) الحاشية المذكورة الجزء الرابع ص ٢٨٨ .

أى وقت أرادوا ، والفرق بين هؤلاء والمعين بالشرط أن من عين بالشرط يستمد القوة فى الولاية من غيره ، ويستفيدها منه ، فلا يملك إلا مانص عليه ، وما اشترط له ، فما لم ينص من ولاه على التفويض ولاالإيصاء فلا يصح منه التفويض ولا الإيصاء أما من يتولى بالأصالة فإنه يتصرف تصرف المالك للولاية من غير تمليك أحد ، فأشبه المتصرف فى مال نفسه ، فكان يملك ما يملك هذا . وإن كان الموقوف عليه ناظرا بالشرط استنبط صاحب كشاف القناع أنه يكون كالمتولى بالأصالة ، ولذا جاء فيه :« لو كان الموقوف عليه هو المشروط له فالأشبه أن له النصب ، لأصالة ولايته ،إذ الشرط كالمؤكد لمقتضى الوقف عليه »(١) .

هذا وإذا كنا قد اخترنا الأخذ بالرأى القائل« إن الولاية عند عدم النص تكون للموقوف عليهم المعينين ، فإنا نختار معا مذهب الحنابلة الذين يجعلون لهم حق التفويض لغيرهم ، فإنهم قد يتعذر عليهم أن يتولوا بأنفسهم إما لخشية التنازع ، أو لضيق العين ، أو لأنهم عاجزون عن الإدارة لعدم الخبرة ، فإذا اختاروا متفقين من يتولى بالنيابة عنهم ، بالتفويض منهم ، كان اختيارهم صحيحا ، وكانت التولية نافذة ، ولهم عزله إن وجدوا منه شططا ، أوتجانفا لإثم ، أو خيانة فى أموالهم ، أو إهمالا فى الإدارة ، وهم فى ذلك ذوو سلطة مطلقة ، لأنهم أدرى بمصلحتهم الخاصة ، ولايصح أن يفرض عليهم ناظر أبدا مادام أحدهم حيا ، ولو كان تعيينه أولا باختيارهم ، فعساهم يكونون قد اختاروه أولا لأمانة وحسن إدارة ظنوهما فيه ، فلما ابتلى بالولاية لم يحسن البلاء ، وقامت عليه الشبه من كل جانب وأحاطت به الر... من كل ناحية ، وإن عجزوا هم عن إثباتها بين يدى القضاء ، فوجب أن يعزل بإرادتهم كما ولى بإرادتهم .

---

(١) كشاف القناع الجزء الثانى ص ٤٥٩ .

شروط التولية

٢٩٩ ــ يشترط الحنفية وغيرهم لصحة التولية سواء أكانت من قبل الواقف أم من قبل القاضي أن يكون المولى بالغا عاقلا ، فإذا كان مجنونا عند التولية لم تصح توليته ، وإن كان عاقلا ثم جن كانت التولية عند صدورها صحيحة ، وينعزل إن كان الجنون مطبقا ، ولايعزل إن كان الجنون متقطعا ، وفى حال العزل بالجنون المطبق تعود الولاية بالإفاقة إن كان مولى من قبل الواقف ، ولاتعود إن كان مولى من قبل القاضى ، وإعادتها بعد العزل فى الحال الأولى إنما كانت لتنفيذ شرط الواقف ما أمكن التنفيذ ، وقد أمكن التنفيذ عند الإفاقة ، فوجب التنفيذ .

وإذا كان المولى صغيرا عند التولية ، فالتولية لاتصح إذا كانت من القاضى ، وإذا كانت من الواقف فالقياس ألاتصح ، لأن ولاية الوقف للرعاية والنظر فلا يقوم بها إلا ذو رشد ، ولأن الصغير لايمكن من ماله ، فكيف يولى إدارة غيره ، ولأنه قاصر الأهلية أو مسلوبها ، فلا يصح وليا على غيره ، ولكن الاستحسان أن تنعقد تولية الصغير ، ولاتظهر ثمرتها إلا إذا كبر ، فهى باطلة مادام صغيرا ، وإذا كبر تكون له ، وكان ذلك تنفيذا لشروط الواقف مادام فى المستطاع تنفيذها ، من غير ضرر بالوقف والمستحقين أيضا إذا جازت تولية من لم يوجد ، كأن يقول فى وقفه : الولاية للأرشد فالأرشد ممن يوجد من ذريته ، جاز تولية الصغير بالأولى ، ولاتظهر ثمرتها إلا إذا رشد ويولى القاضى من شاء حتى يكبر .

والحنابلة يجعلون الولى على الوقف إذا استحق الولاية المحجور الموقوف عليه هو ولى هذا المحجور ، فإذا كان الصغير أو المجنون أو السفيه موقوفا عليه واستحق النظر فى الوقف كان النظر لوليه ، ولذا جاء فى الشرح الكبير فى بيان من تكون له الولاية : « فإن كان الموقوف عليه صغيرا أو مجنونا أو سفيها قام وليه فى النظر مقامه ، كملكه المطلق »(١) .

---

(١) الشرح الكبير الجزء السادس ص ٢١٤ .

٣٠٠ – وقد اتفق الأئمة على لزوم أن يكون المختار من ذوى الكفاية والعدالة ، ولكنهم اختلفوا فى مدى هذا الشرط فى الولاية ، فالحنفية يرونه شرطا للأولوية ، وليس بشرط للصحة ، وحجتهم فى ذلك أن الفسق عندهم لايمنع صحة التولية القضائية ، فكيف يمنع صحة ناظر الوقف ، والقضاء أشرف منصبا ، وأعظم خطرا ، وأقوى فى حياة المجتمع أثرا ، ولذا جاء فى البحر مانصه : « وإن الناظر إذا فسق استحق العزل ، ولاينعزل ، لأن القضاء أشرف من التولية ، والعدالة فيه شرط الأولوية ، حتى يصح تقليد الفاسق ، وإذا فسق القاضى لاينعزل على الصحيح المفتى به ، فكذا الناظر » ويفهم من هذا إذن أن تولية الفاسق صحيحة وأن الناظر لايعزل بالفسق ، ولكن يجب على من يختار قيما على الوقف أن يختاره من الأمناء العادلين القادرين ، لأن هذه الولاية للنظر ، ورعاية مصلحة الوقف والمستحقين ، وليس من النظر ورعاية المصلحة أن يكون المتولى خائنا غير عادل ، إذ فى توليته تمكين له من الضرر والإيذاء ، ولذا إذا ولاه قاض أو واقف عالما به كان آثما بتوليته ، وإن كانت التولية صحيحة على ما علمت ، وإن فسق بعد الولاية وجب عزله أو ضم ثقة أمين إليه إن أمكن ، ولاينعزل بالفسق كما علمت .

ومذهب الشافعية ، أن العدالة شرط لصحة النظر مطلقا سواء أكان المولى الواقف أم الناظر ، غير أن منهم من تسامح فى العدالة المطلوبة فى المولى من قبل الواقف ، فاكتفوا فيه بألا يكون محقق الفسق ، أما المولى من قبل القاضى ، فاشترطوا أن يكون محقق العدالة بأن قام الدليل عليها ، وثبتت لدى القاضى براءته من كل ما يفسق ، والأكثرون على أن ذلك النوع من العدالة شرط لصحة تولية المولى من قبل الواقف والقاضى على سواء ، ومثل العدالة فى الاشتراط للصحة الكفاية .

وقد شدد الشافعية فى اشتراط هذه الصفات لأن الناظر فى الوقف ولى على مال غيره ، فاعتبره فى ذلك الاهتداء والكفاية كالوصى والقيم .

ولو فسق الناظر انعزل وصارت الولاية للحاكم ، لأنه صار غير أهل للنظر ، إذ العدالة شرط فى الدوام كما هى شرط فى الابتداء ، وإذا عادت العدالة لم يعد معها حق الولاية إن كان مولى من قبل القاضى ، وإن كان مولى من قبل الواقف ، أوبمقتضى شرطه عادت له الولاية ، لأنه إذا كان من قبله لايجوز لأحد عزله ، ولا الاستبدال به ، والفسق العارض مانع من التصرف وليس بسالب لأصل الولاية فإذا ذهب المانع عاد الممنوع ، فتصير الولاية له كاملة ، ولايمنع من تصرف إذا ثبتت توبته وإنابته ، أو قامت الأدلة على عدالته وأمانته .

٣٠١ ـ ومذهب الإمام أحمد رضى الله عنه أن العدالة ليست بشرط إن كانت النظارة للموقوف عليهم جميعا ، لأنهم الجامعون لغلاتهم ، المستحقون لثمرات الوقف ، وقيل يضم ثقة إليهم حفظا لأعيان الوقف ، ومراعاة لحق من يعقبهم المستحقين من بعدهم ، وإذا كانت التولية لغير الموقوف عليهم أو لبعضهم بتولية من حاكم ، أو تفويض من ناظر مشروط له التفويض فلا يصح إلا تولية العدل ، وتولية غيره باطلة ، وإذا ولى وهو عدل ، ثم فسق عزل وأزيلت يده ، وإن كان المولى هو الواقف أو بحسب شرطه كانت التولية صحيحة وضم إليه ثقة مراعاة للمستحقين وحق الوقف الذى يوجب أن يكون متوليه أمينا ، وحق الواقف الذي يوجب تنفيذ شروطه ، وقد أجمل ذلك كله المغنى فقال : « ومتى كان النظر للموقوف عليه إما بجعل الواقف ذلك له ، أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواه ، وكان واحدا مكلفا رشيدا فهو أحق بذلك ، رجلا كان أو امرأة ، عدلا كان أو فاسقا ، لأنه ينظر لنفسه فكان له ذلك فى هذه الأحوال ، كالملك المطلق ، ويحتمل أن يضم إلى الفاسق أمين حفظا لأصل الوقف عن البيع أو الضياع . وإن كان النظر لغير الموقوف عليه ، أو لبعض الموقوف عليه بتولية الواقف أو الحاكم لم يجز إلا أن يكون أمينا ، فإن لم يكن أمينا ، وكانت توليته من الحاكم لم تصح ، وأزيلت يده ، وإن ولاه الواقف ، وهو فاسق ، أوولاه وهو عدل وصار فاسقا ، ضم إليه أمين ، ليحفظ به الوقف ،

ولم تزل يده ، لأنه أمكن الجمع بين الحقين ، ويحتمل ألأ تصح توليته وأنه ينعزل إذا فسق فى أثناء ولايته ، لأنها ولاية على حق غيره ، فنافاها الفسق ، كما لو ولاه حاكم ، وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته على حق غيره ، فإنه متى لم يمكن حفظه منه أزيلت ولايته ، فإن مراعاة حفظ الوقف أهم من إبقاء ولاية الفاسق عليه » اه بنصه .

٣٠٢ — وإذا كان لنا أن نختار فإننا نختار مذهب الإمام أحمد بن حنبل رضى الله عنه فى هذا المقام ، ولكن لنا رأيا فى تفسير معنى الفسق فقد اتفقت كلمة الفقهاء إلاعددا يسيرا جدا على أن معنى الفسق هو الخروج عما أوجبه الدين ، ودعت إليه أوامره ، ونهت عنه نواهيه ، وحثت عليه آدابه السامية ، وشرائعه المحكمة ، فكل من ارتكب كبيرة من الكبائر فهو فاسق ، وكل من أحاطت به سيئة من السيئات فهو آثم ، وذلك معنى سام يتفق مع الهدى الكريم ، ونور الذكر الحكيم ، ولكن إن طبقناه على عصرنا نجافى عن التطبيق وعز علينا أن نجد الرجل الذى يكون عدلا أمينا[1] ، ومهتديا . متصرفا حكيما ، يجيد التصرف فى شئونه ، بالقدر الذى تهذب به وجدانه الدينى ، وسمت إليه آدابه الإسلامية ، وقد عمر عقله العلم بشئون الدنيا ، وتصاريفها ، وأحوالها ، كما عمر قلبه الدين وآدابه العالية ، فإن رجلا قد جمع بين هدى الدين ، والعلم بأحوال الدنيا نادر فى عصرنا يحتاج البحث عنه إلى مثل مصباح ديوجنس الذى كان يبحث به عن الرجل ، إن الرجال عندنا ثلاثة : رجل حائر قد انغمر فى الموبقات ، وأحاطت به الخطيئات وأوغل فى الآثام ، ورجل قد هذب الدين قلبه ، وقد تأدب بآدابه ، وسلك مسالكه ، ولكنه غير أريب فى شئون الدنيا ، غير خبير فى معاملات الناس ، قد يغش فى البياعات ، ويخدع فى التصرفات ، ومثل هذا لايستطيع أن يدير ماله الخاص على الوجه الأمثل ، فكيف يدير مال الوقف على سنن قويم ، وطريق مستقيم ، وإن مثل هذا لايخشى على الوقف من

(١) وخصوصا على مذهب الشافعى الذى يشترط لصحة الولاية العدالة الباطنة .

ذمته ، ولكنه قد يخشى عليه من آرائه فى إدارة الأوقاف وتصرفاته فيها ، ورجل ثالث أمين فى المال ، عدل فى كل مايتعلق به ، لايمد يده إلى مال غيره ، ويرعى الأمانة حق رعايتها ، ولكنه يرتكب بعض مانهى عنه الدين ، ويقع فى بعض ماحظره عليه الشرع الحنيف ، وهو عليم بشئون الدنيا ، خبير بأحوال الحياة ، يعرف كيف يدير الأموال ، ومثل هذا قديكون من حظ بعض الأوقاف أن يكون فى إدارتها ، يستفيد من أمانته المالية وحسن إدارته ، ولايضره ما قد وقع فيه مما حظره الدين ، ومنعه الشرع الحكيم ، فلا مانع أن يكون هذا مولى من قبل القاضى أو الواقف على الأوقاف ، وقد رأينا فى تقرير الرافعى مايفيد أن بعض الفقهاء يفسر الفسق هنا بأن يكون الرجل « متهما مخوفا منه على المال ، لأنه قد يفسق فى الأفعال ، ويكون أمينا فى المال »[١] وذلك رأى له وجهته ، وله أدلته من أحوال النفوس ، فإن الضمير الإنسانى له نواح مختلفة ، فمن الناس من يستهين ببعض الموبقات ، ولايتحرك لها ضميره المستيقظ ونفسه اللوامة ، وإذا قدم على أمور أخرى أرهف لها وجدانه ، واستيقظ لها ضميره ، وفعل فى نفسه مثل ما تفعله النصال تحز فى القلوب ، والجمار تكوى بها الجلود ، ومن الناس من استنام ضميرهم الدينى ، فغفلوا عن بعض ما أمرهم به الدين ، ولكنهم لايكذبون ولايخونون ، وقد كان فى جاهلية الأمم ، وعلى فترة من الرسل من يرعون الأمانات ، ويفدونها حتى بفلذات أكبادهم ، وهم يعبدون الأوثان أو النيران .

---

(١) تقرير الرافعى على حاشية ابن عابدين الجزء الثانى ٨٤ .

لمحة تاريخية

لهذا كله نرى مايراه أحمد من أن الحاكم لايصح أن يولى فاسقا ، ونفسر الفسق بأن يكون متهما مخوفا على المال فقط .

٣٠٣ — ولنترك الآن الفقه والفقهاء والسابقين ، فيما كان يجرى فى إقامة النظار وعزلهم فى المحاكم الشرعية إبان وجودها ، فنقول إن الناظر المختار بمقتضى شرط الواقف يمكن من الولاية ، ولايوجد ما يمنعه من التمكن منها ، وإن حيل بينه وبين الوقف بالغلب والقهر استعان بالمحاكم ليمنع يد الغالب ، ويدفع قوة القاهر ، ولاخلاف فى ذلك ، وإن تنازع عدد من الرجال فى استحقاقهم النظر كأن يكون الوصف الذى ذكره الواقف يدعى كل أنه ينطبق عليه ، بأن يقول الواقف فى وقفه مثلا : الولاية للأرشد فالأرشد من ذريتى ، فكل يدعى الأرشدية كان الأمر للمحاكم الشرعية ، فتمكن من يثبت لديها أنه أرشد ، لأن ذلك يتعلق بالأهلية ، وإثبات الأهلية من اختصاصها ومثل ذلك أن يدعى كل أنه المشروط له النظر ويقدم إشهادا شرعيا بذلك ، وقد تعددت الإشهادات ، فيكون الفصل فى ذلك للقضاء الشرعى ، وفى الجملة الفصل فى أمر شروط الوقف التى نص عليها فى كتاب الوقف أو فى الإشهادات اللاحقة له كان منوطا بالقضاء الشرعى ، فكل نزاع فى النظارة قوامه اشتراط الواقف يفصل القضاء بما يراه يتفق مع نصوص الشريعة والواقفين ، ولا يكون ذلك تعيينا من القضاء الشرعى ، بل يكون تمكينا ، لأن قوامه تعرف مدى شرط الواقف فى النظارة ، ومدى تحققه عند المتنازعين ، والحكم لمن كان أقرب بالحق رحما ، ومما لاخلاف فيه أن مسألة استحقاق النظر المشروط ، وتحقق الأوصاف اللازم تحققها فى متولى الأوقاف من شأن القضاء الشرعى من غير ريب .

أما تولية النظار الذين لا يعينون بمقتضى شرط الواقف فليس حق القاضى الشرعى فيه مطلقا ، فقد جاء فى القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١م أن القاضى الشرعى لابد له من مخاطبة وزارة الأوقاف قبل أن يثبت التعيين ، ونصت

المادة ٣٣٦ منها على ذلك ، فقد جاء فيها :« ولاتقبل المحاكم الشرعية شيئا من عقود الإبدال والاستبدال والاحتكار والخلو وبيع الأنقاض والاستدانة ما يتعلق بالأوقاف الأهلية ، أو الخيرية ، ولاتقيم نظارا عليها بغير شرط الواقف ، ولاتعزلهم إلا بعد مخابرة وزارة الأوقاف ، وورود إفادتها ، أو مضى خمسة عشر يوما من تاريخ المخابرة » وقد يقيم القاضى وزارة الأوقاف ناظرا ، وربما يقيم غيرها ، غير أنها على كل حال هى التى تتولى إدارة كل وقف ليس له ناظر ، إما لوفاة ناظره أو لنزاع قام بين مستحقى النظر ، ويستمر لها ولاية النظر حتى يقيم القضاء الشرعى ناظرا ، أو يفصل فى النزاع ، ويمكن أحد المتنازعين من الولاية .

وعند عزل النظار لاتسير هيئة التصرفات فى إجراءاتها إلا بعد أن تخاطب وزارة الأوقاف ، وتتريث منتظرة إجابتها خمسة عشر يوما ، كما يدل على ذلك نصوص المادة التى نقلناها .

٣٠٤ ــ والهيئة التى كانت هى المختصة بعزل النظار وإقامتهم هى هيئة التصرفات ، لاالهيئة القضائية فى المحكمة ، وقد كان العمل فى لائحة ١٩١٠م يسير على جعل إقامة النظار من اختصاص هيئة التصرفات . والعزل من اختصاص الهيئة القضائية . بعد أن تأذن هيئة التصرفات بالخصومات ، فرئى تسهيلا للإجراءات أن تختص هيئة التصرفات بالاثنين . وبذلك جاء القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١م .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية بشأن تعديل ذلك الجزء :« قد كان عزل النظار من خصائص المحكمة القضائية . وجرى العمل على أن يطلب من هيئة التصرفات الإذن بالخصومة لرفع دعوى العزل ، فإذا صدر الإذن ترفع الدعوى بطلب العزل إلى المحكمة القضائية . فإذا صدر الحكم بالعزل أو بضم ناظر آخر إليه يطلب بعد ذلك إلى هيئة التصرفات إقامة ناظر آخر ، وفى هذه المراحل كثيرا ما يطرح النزاع على محكمة الاستئناف أو يعاد نظره فى المعارضة أو الالتماس ، فيطول بذلك أمد التقاضى ، وتمتد يد

الفساد إلى الوقف . وتضيع على المستحقين ثمراته . ويكابد المدعى من المشاق ما لايحتمل ، وكان قد رؤى معالجة هذه الحالة التى عمت منها الشكوى بتوحيد جهة القضاء التى تفصل فى الموضوع كاملا ، فأعطى لهيئة التصرفات التى كانت تأذن بالخصومة وتعين الناظر حق عزل الناظر أيضا ، إذ ليس فى ذلك ضرر ، ولاإضاعة لحق ، فهيئة التصرفات هى بنفسها هيئة المحكمة . والإجراءات التى كانت المحكمة تتبعها تتبع بعينها لدى هيئة التصرفات . وطرق إثبات موجبات العزل واحدة . ومن المصلحة أن ينظر طلب العزل أمام هيئة التصرفات . لأن أكثر ما ينى عليه هذا الطلب يتعلق بأمور شخصية يحسن ألا تنظر فى جلسة علنية » .

ولما صارت هيئة التصرفات مختصة بالعزل كان من الضرورى إذن ليكون فصلها قائما على أساس من العدل أن يعلن الناظر المتهم ليستمع إلى حججه ، ويدلى بدفاعه ، ولقد صارت قراراتها فى العزل قابلة للمعارضة والاستئناف مع أن قراراتها فى غير العزل غير قابلة للمعارضة أصلا .

٣٠٥ ــ ولو أردنا أن نطبق القواعد الفقهية على ما رأيناه قد أعطى للقضاء الشرعى من حق إقامة النظار وعزلهم ، لوجدنا أن سلطانه فى ذلك لم يكن كاملا ، فبجواره وزارة الأوقاف لها حظ من ذلك السلطان معلوم إذ أنه من المقرر فقهيا أن حق النظر فى الأوقاف التى لايوجد للواقف شرط للنظر فيها للحاكم ومن ينيبه الحاكم ، ولم ينب ولى الأمر فى الدولة المصرية القضاء الشرعى فى ذلك إنابة تامة ، بل قد جعل لوزارة الأوقاف سلطانا بجواره . والفقه الإسلامى يجعل سلطان القضاء غير محدود فيما يتعلق بالعزل ، وكان فى جعل وزارة الأوقاف فى الأحوال التى لها الولاية فيها ناظرا غير قابل للعزل حد من ذلك السلطان ، وكف له . وبينما نجد تلك القوة لوزارة الأوقاف بجوار القضاء ، كنا نرى عليها واجبات كل النظار وحقوقهم ، وما كان منها لايجوز إلا بعد إذن القاضى الشرعى لايجوز منها أيضا إلا بعد ذلك الإذن ، فالاستبدال مثلا كان لايجوز منها إلا بعد موافقة

القضاء الشرعى عليه ، بل هو الذى يتولى البيع ، إن لم يكن الاستبدال بشرط الواقف .

ومن أجل هذا كله قلنا إن هناك سلطانا لوزارة الأوقاف بجوار سلطان القضاء الشرعى ، وأنه موضع اختلاف فى مقدار مداه وقوته ، منذ أن كانت ديوانا إلى أن صارت وزارة ، لها وزير يجلس فى مجلس الوزراء .

ومن أجل أن نعرف مقدار قوتها على التحقيق نرجع خطوة إلى الوراء نستطلع بها أمر هذه الوزارة يوم أن كانت ديوانا . ونتعرف مدى سلطانها ، ثم ننظر نظرة تاريخية غير متعرضين لتفصيلها ، بل نمر بها إلماما .

٣٠٦ — إن ديوان الأوقاف قديم فى التاريخ الإسلامى بقدمها ، موغل فى العصور الخوالى إيغالها ، وقد ألمعنا إلى ذلك ، فقد علمت أن توبة بن نمر قاضى مصر فى زمن هشام بن عبد الملك قد أنشأ لها ديوانا تحت إشرافه ، ولم يمت حتى صار ديوانا عظيما . وعلمت أن ذلك الديوان صار ذا ثلاث شعب فى عهد الفاطميين[١] . ديوان لأحباس المساجد ، وديوان لأحباس الحرمين وجهات البر المختلفة ، وديوان للأوقاف الأهلية ، وكل ذلك تحت سلطان القضاء ، وقد استمرت تلك الدواوين فى عصر المماليك ، وكانت تابعة لأحوال الدولة فى نظامها ، فإذا كان الحكم منتظما ثابتا قوى الأركان كان لها شىء من النظام ، وإذا كانت شئون الحكم مضطربة عراها أيضا ذلك الاضطراب ، ولقد كان الحكم فى أكثر عهد دولة المماليك الثانية اضطرابا لا استقرار معه . واستمر الأمر كذلك بعد الفتح العثمانى . فلما جاء محمد على وقد كانت الأوقاف مهملة لانظام لها ، متروكة فى أيدى نظارها يتصرفون فيها عينا وغلة كما يشاءون ، جمع أوقاف المساجد وجهات البر ، وجعلها تحت سلطانه وأصدر أمرا فى سنة ١٢٥١هـ

---

(١) لما كانت لائحة سنة ١٨٩٥م أول تنظيم قانونى لديوان الأوقاف اعتبرناها إنشاء للديوان لأن ما سبقها كان غير مبنى على قانون منظم .

بإنشاء ديوان لها ثم ألغاه بعد ذلك . وفى سنة ١٢٦٧هـ أعاده المرحوم عباس الأول ، وجعل اختصاصه محاسبة نظار الأوقاف الخيرية ، على أن تقوم الحكومة بجميع نفقات الديوان من أداء مرتبات المستخدمين وغيرها ، وذلك ليكون تنفيذ شروط الواقفين على الوجه الأكمل ، ولكيلا ينفق شيء من الأوقاف فى غير الوجوه التى عينها الواقفون ، فكان الديوان إذن حسبيا صرفا يؤدى الأمر حسبة ، حفاظا للأوقاف ، وتنفيذا لأحكام الشريعة فى شأنها ، ثم أحيلت عليه فى سنة ١٢٧٥هـ إدارة أوقاف أخرى ، والقيام عليها أو رعايتها ، وقام هو فيها بعمل النظام ، ولم يعد عمله مقصورا على محاسبة النظار ، ولذا أنشئت له خزانة خاصة ، وصدر أمر فى سنة ١٢٧٦هـ بأن يؤدى مرتبات مستخدميه مما تحت يده من موارد الأوقاف ، على أن تسددها إليه وزارة المالية بعد ذلك ، وفى سنة ١٢٨٠هـ صدر أمر المغفور له الخديو إسماعيل بأن تقوم الحكومة بنصف المرتبات ، ويؤدى النصف الثانى من موارد الأوقاف ، ولقد أخذت الأوقاف تضاف إليه تترى ، وقفا بعد وقف ، حتى تجاوزت المائة من الأوقاف ذات المساحة الواسعة ، والغلات الوافرة ، والخير الكثير .

وفى سنة ١٨٩٥م ميلادية وضعت لديوان الأوقاف لائحة إجراءات صدر بها أمر عال ، قضت بأن يوضع للأوقاف ميزانية منتظمة على الطريقة التى تسير عليها الحكومة فى ميزانيتها .

وقد كان لكل وقف من الأوقاف التى يديرها الديوان حساب قائم بذاته له إيراداته ، وعليه نفقاته ، فلم يتمكن الديوان من سد ما يظهر من العجز فى الأوقاف الفقيرة بما يفضل من الأوقاف الغنية ، وذلك أدنى إلى الفقه وأقرب إلى الشريعة ، بل هو حكمها المنصوص عليه عند أكثر أئمة الفقه الإسلامى إذ قالت كثرتهم أنه لايصرف فاضل أحد الوقفين فى مصرف وقف آخر ، إلا إذا اتحدت الجهة ، ولكن قد صدرت فى نوفمبر سنة ١٨٩٦م إرادة سنية باتباع طريقة رؤى من الصالح اتباعها ، وهى أن

الأوقاف الخيرية تقسم أقساما بحسب وجوه صرفها ، وأن ما يزيد فى إيرادات تلك الأقسام عن نفقاتها بعد وفاء ما يظهر من العجز فى أى قسم منها يتكون منه مال احتياطى لايمكن التصرف فيه إلا بأمر عال بعد أخذ رأى مجلس الإدارة ، أو المجلس الأعلى حسب الأحوال ، واستثنت من ذلك أوقاف الحرمين الشريفين.

ومهما يكن من شىء فلائحة سنة ١٨٩٥م تبين مركز ديوان الأوقاف ، وسلطانه ، وقد ذكرت أنه فيما يتولى من أعمال يستمد قوته من القضاء الشرعى ، فهو معين من قبله ، وليس معينا من قبل ولى الأمر رأسا ، وقد صرحت بذلك المادة الأولى ، وهذا نصها :« يختص ديوان الأوقاف بإدارة الأوقاف الآتية بعد إقامته ناظرا عليها من قبل القاضى الشرعى ، أو بتوكيل من ناظر الوقف على ما هو بالفقرة الخامسة من هذه المادة :

(أولا) الأوقاف التى آلت أو تئول للخيرات ، وليس النظر مشروطا فيها لأحد ، سواء أكانت أطيانا أو مرتبات أو أماكن ، أو غيرها .

(ثانيا) الأوقاف التى لم يعلم لها جهة استحقاق بمقتضى شرط الواقف ، ولا من يستحق النظر عليها .

(ثالثا) الأوقاف التى يرى القضاة الشرعيون إحالتها على ديوان الأوقاف مؤقتا بسبب من الأسباب ، بضم مديره مع الناظر ناظرا على الوقف ، أو بتعيينه ناظرا مؤقتا .

(رابعا) الأوقاف التى يقام عليها الديوان حارسا قضائيا ، بعد إقامة القاضى الشرعى لمدير الأوقاف ناظرا مؤقتا عليها .

(خامسا) الأوقاف التى يرغب جميع مستحقيها مع الناظر إحالتها على الديوان ، بعد توكيل الناظر لمدير الوقف .

٣٠٧ — من هذه المادة يفهم إذن أن ديوان الأوقاف كان لايستمد

سلطته إلا من القضاء الشرعى ، والقضاء الشرعى بمقتضى هذه التولية له الهيمنة عليه ، لذلك اعترض على تحويله سنة ١٩١٣م وزارة رجالات من أكبر رجال الاشتراع وأعظمهم فكرا ، وكانت (الجمعية التشريعية) ميدانا للمصاولة البيانية لرجلين من فحول القضاء والقانون أحدهما المغفور له سعد زغلول ، وكان وكيلا منتخبا للجمعية ، وثانيهما المغفور له حسين رشدى ، وكان رئيسا للنظار ، ولننقل للقارىء الكريم جملا من تلك الخطب :

قال سعد : إن مصلحة الأوقاف مجموعة مصالح بر مخصوصة ، ذات أموال مخصوصة ، وقفها أصحابها على الإحسان والخيرات ، فهى ليست مصلحة أميرية ، وموظفوها ليسوا موظفين عموميين ، بل ولا خصوصيين ، وولاية الجناب العالى عليها ليست بصفته حاكما ، ولكن بصفته مولى من قبل القاضى .

فقال رشدى : هو مولى عليها لأنه الحاكم . قال سعد : القاضى يوليه عليها ليتصرف بسلطة خاصة يستمدها من القاضى ، لا من نفسه ، بحيث لو لم يقمه القاضى ناظرا لايمكنه أن يباشر عملا فيها . فقال رشدى : القاضى الذى لايقيمه يعزل ، فالجناب العالى مولى على الأوقاف باعتباره حاكم البلاد ، وصدور قرار القاضى ، إنما هو للمحافظة على الأشكال الشرعية .

قال سعد : يمكنكم أن تعزلوه بالقوة ، أما نحن الآن ، فإننا نتكلم بالقانون ، ولذلك فالقاضى يصدر دائما قرارات التولية فى كل الأوقاف الخيرية ، فسلطته ف ذلك سلطة حقيقية لا ينازعه فيها أحد ، فالجناب العالى بصفته مستمدا هذه الولاية من القاضى لا يمكنه أن يحول وظيفة خصوصية إلى وظيفة عمومية ، إنما يمكنه أن يفعل ذلك بصفته حاكما ، وليست ولايته على الأوقاف بهذه الصفة الأخيرة (١) .

---

(١) مأخوذ هذا الكلام من مضبطة الجمعية التشريعية فى الجلسة المتممة للثلاثين ص ٤٨٢ ، ٤٨٣

كانت النظرية الفقهية والوضع القانونى لوزارة الأوقاف إذن أنها ناظر معين من قبل القاضى الشرعى ، وأنه يستمد قوته منه ، وقد كان يقوى هذه النظرية السيادة التى كانت للدولة العثمانية على مصر ، وتولية آل عثمان قاضيا عليها من قبلهم ، وإن كان ذلك القاضى قد أخذت سلطته تضعف شيئا فشيئا ، حتى كادت تصبح قبيل الحرب الكبرى الأولى أمرا شكليا صرفا ، وأصبحت كالأعضاء التى تعطلت أعمالها ، وصار وجودها فقط مقصورا على ما كان لها من عمل .

٣٠٨ — ولذلك بعد أن ألغيت السيادة التركية ، وصار ولى الأمر فى مصر لايستمد الولاية من الدولة العثمانية ، كان هو الحاكم الذى له الولاية الأولى على كل الأوقاف التى ليس لها نظار من قبل الواقفين ، وله ذلك بمقتضى كونه حاكما ، لابمقتضى كونه مولى من قبل القاضى الشرعى ، بل إنه هو الذى يعطى القاضى الشرعى حق إقامة النظار من غير شروط الواقفين ، على ما علمت من أحكام ذلك فى الفقه ، ولذلك صدر أمر كريم من صاحب العظمة سلطان مصر بتاريخ ٢٠ يونية سنة ١٩١٥م بأن إقامة وزير الأوقاف ناظرا على الأوقاف التى تحال على وزارة الأوقاف مؤقتا حتى يثبت استحقاق النظر عليها بمقتضى شرط الواقف ، لاحاجة فيه إلى إقامة المحكمة الشرعية ، ووزع منشور بذلك على المحاكم الشرعية ، وقد جاء فى ذلك المنشور : « اقتضت إرادة حضرة صاحب العظمة سلطان مصر ، بما لعظمته من الولاية العامة الشرعية إقامة صاحب المعالى وزير الأوقاف ناظرا مؤقتا على الأوقاف المحالة إدارتها على وزارة الأوقاف مؤقتا ، حتى يثبت استحقاق النظر عليها لمن يستحقه بمقتضى شروط واقفيها ، سواء أكانت إقامة معاليه على وجه الاستقلال ، أو بالانضمام لناظر الوقف الأصلى ، أو لناظر أجنبى بدون أن يكون هناك حاجة لإقامة معاليه من المحكمة الشرعية » .

ومن هذا نرى أن حق الحاكم فى الولاية ثابت له بمقتضى الولاية العامة الشرعية ، وأنه بمقتضى هذا الحق قد أقام وزير الأوقاف ناظرا مؤقتا فى كل الأوقاف التى لاناظر لها ، وأن الوزارة لاتأخذ ذلك الحق من القضاء ، بل تأخذه من صاحبه رأسا ، فولى الأمر إذن قد أعطى حق التولية للقاضى الشرعى ، واستثنى من ذلك إقامة وزير الأوقاف ناظرا على مايعهد إليه من أوقاف ، وقد أبقى ولى الأمر الولاية له كاملة في نوع من الأوقاف من غير أن يعطيها لأحد ، أو يفوض لأحد أمرها ، وهى الأوقاف الخيرية التى ليس لها ناظر معين بمقتضى شرط الواقف ، فليس لوزير الأوقاف عليها ولاية إلا بوكالة حقيقية يعطيها ولى الأمر لكل وزير أوقاف يعين من جديد .

٣٠٩ — وكون وزارة الأوقاف تتولى شأن بعض الأوقاف الأهلية من غير حاجة إلى تعيين من المحكمة جعل سلطان المحاكم عليها ضعيفا إبان ذلك ، وليس قويا كسلطانه على كل ناظر ، ولو كان مولى بمقتضى شرط الواقف ، لأن القاضى له عزل الناظر الذى ولاه الواقف ، أو ولاه هو ، إذا تبين له أنه أهمل أمر الوقف ، أو أداره إدارة تضر بمصلحة الوقف والمستحقين ، وله ضم ثقة قادر إليه ، إن لم يكن الأمر موجبا للعزل ، أو كان في الضم منع لوقوع مثل هذا فى القابل ، بينما القاضى الشرعى لايفعل شيئا من ذلك بالنسبة لوزارة الأوقاف ، لأنها فى بعض الأوقاف تتولى بمقتضى القانون ، كما ملك هو حق الولاية والعزل بمقتضى القانون والفقه ، ولم يعطه قانون ماحق عزلها ، إذا ثبت الإهمال عليها .

وكنا إبان ذلك نرى أنه يجب ألا تتولى الوزارة على أى وقف إلا بتعيين القاضى الشرعى ، وأن المستحقين فى الأوقاف التي تحت إشرافها من حقهم إثبات الإهمال عليها ، ومن حق القضاء أن يعزلها من كل وقف ثبت إهمالها فيه [١] ، وكان يدفعنا إلى ذلك القول أمور كثيرة .

---

(١) لامانع بالنسبة للنظم السابقة من أن تقرر وزارة الأوقاف فى الأوقاف التى لم يشك منها إهمال لها ، وترفع يدها عما ثبت فيه إهمال إذا وجد من هو أصلح للمستحقين من الوزارة وإن كان ذلك فيه مخالفة للفقه الحنفي الذى يقول إنه إذا استحق ناظر العزل فى وقف ، استحق العزل فى كل مايقوم عليه من الأوقاف ، لأنه خير للناس أن تعزل عما فيه إهمال من ألا تعزل أصلا ، ولامانع من أن يفتى هنا بقول الشافعى الذى يقول =

١ ـــ منها أنه لايصح أن يستمتع المستحقون فى أوقاف يديرها أُناس من عامة الناس بما لايستمتع به المستحقون فى الأوقاف التى تديرها الوزارة ، أولئك يستمتعون بحق الطعن فى تصرفات النظار ، وإثبات الإهمال فيها ، وبيان الأوجه التى كان ينبغى التصرف بها ، بينما المستحقون فى الأوقاف التى كانت تديرها الوزارة ليس لهم ذلك الحق ، ومن العدالة أن يكون الجميع فى الحقوق سواء ، وأن تتساوى الضمانات التى تجعل تصرفات متولى الأوقاف جميعا فى دائرة واحدة .

٢ ـــ ومنها أن القضاء كانت له فى الماضى هيمنة على تصرفاتها ، ومن حقه سماع شكاة المتظلمين من تصرفاتها ـــ يعينها على إصلاح أمورها ، وتدارك مواضع النقص فيها ، وتلافى أسباب الشكوى ، وسد الخلل ، وإقامة إدارتها على أساس من الحق والشرع ، وقد وجدنا إبان ذاك أن الاختلاسات فيها قد توالت ، والمفاسد قد تكاثرت ، وقد قامت حينئذ بتأليف اللجان المختلفة لدراسة النظم ، لكى تصل إلى نظام قارٍّ ثابت يحفظ الحقوق لأصحابها ، ويجعل التصرفات لذوى الشأن فيها ، ويجب أن يكون بجوار كل نظام هيمنة من القضاء على الإدارة ، ليكون مشرفا رقيبا ، وعيون المستحقين الساهرة تعينه ، ورقابة المنتفعين القائمة تمده .

٣ ـــ ومنها أنه قد لاحظنا فى ذلك الوقت أن وزارة الأوقاف أحيانا تصرف غلات وقف فى مصارف وقف آخر ، فيضيع على المستحقين ، فى بعض الأوقاف حقوق لهم ، وقد اعتمدت الوزارة على فتوى شرعية مكنتها من أن تصرف فاضل غلات وقف خيرى فى مصرف آخر ، ولكنها مع ذلك كانت تتصرف ذلك التصرف فى الأوقاف الأهلية المعروف مستحقوها ، والمحصورأصحابها ، وذلك لايعتمد على فقه شرعى ، ولاعلى أى مبدأ من مبادئه ، ولعل أحدا لايصدق ذلك ، وقد كدنا لانصدقه لولا ماجاء على لسان أحد وزراء الأوقاف السابقين فى أثناء مناقشته بمجلس النواب المصرى ، فقد جاء فى مضبطة الدورة النيابية لسنة ١٩٢٦ م فى بيان أموال الخزانة العامة للوزارة : « الخزانة العامة للوزارة تدخل فيها أموال ، وتخرج منها

أن الناظر إذا ثبت أهليته فى موضع أو وقف ثبتت فى بقية المواضع والأوقاف من حيث الأمانة ، لامن حيث الكفاية (راجع نهاية المحتاج) .

أموال ، وفى أثناء الحرب العالمية وجد عجز قدره (٩٠٠٠٠ ج) فاضطررنا لأخذه من الخزانة العامة . فقال رئيس المجلس : أى تأخذ الوزارة مما يستحقه عمرو مثلا ، وتعطيه لزيد . قال الوزير : هذا هو الواقع . قال الرئيس : إذا حكم بتعويض على الوزير فمن أين تدفعه ؟ قال الوزير : إن جميع المبالغ التى يحكم على الوزارة بدفعها تدفعها الخزانة العامة . ولقد ختمت المناقشة بقول مقرر لجنة الأوقاف : الحقيقة أن لاأموال لدى الوزارة لفرع خاص ، بل كل مالديها روكية لجميع الفروع » .

إذا كان ذلك كذلك فقد كان الواجب يقضى بألا نعطى المستحقين المعينين فى الأوقاف حق هيمنة القضاء الشرعى على وزارة الأوقاف ، لكى يحفظ لأولئك حقوقهم ، إن الوزارة قامت لرعاية حقوق الضعفاء ، ولتكون للمستحقين من أرامل وغير قادرين كالمجالس الحسبية فى رعاية أموال اليتامى وضعاف العقول ، ومن لايحسنون إدارة أموالهم ، ولكن المجالس الحسبية اكتفت بالإشراف ، ولم تتول الإدارة بنفسها فلم يجىء من جانبها خطر ، وكانت لها صفة القضاء المشرف المهيمن ، أما تلك فقد تولت الإدارة بنفسها ، والإدارة ابتلاء ، فظهرت عيوب ، وكان من حق المستحقين أن يعاونوا القضاء الشرعى والوزارة بوضع يدها على عيوبها وذلك بفتح الباب على مصراعيه لشكوى المستحقين .

٣١٠ — إن الوزارة إذا كانت تحت سلطان القضاء استعانت به كما بينا فى إصلاح كثير من عيوبها التى وضحت للناس ، وكان يضج الملأ من هذه الأمة بالشكوى منها ، ولقد حاول المصلحون ممن تولوا هذه الوزارة أن يطبوا لأدوائها ، فمنهم من كشف عن العلة ، ومنهم من لم يضع يده على موضع العلة . وفتح الباب لهيمنة القضاء سيكون فيه الكشف المنير ، والعلاج الناجع ، وتكون الوزارة إذن جديرة بالثقة التى منحتها من قديم الزمان ، والتى جعلت لجنة الأوقاف فى مجلس النواب تدعو القضاء الشرعى والوزارة إلى التوسع فى إقامتها ناظرا على الأوقاف ، فقد جاء فى تقرير تلك اللجنة سنة ١٩٢٧ م : « تستحسن اللجنة أن تتوسع الوزارة فى قبول النظر

على الأوقاف الأهلية التى يكون فى إدارتها لها مصلحة للمستحقين وعدم ضرر بماليتها ، وذلك لأن اللجنة تعتقد أن فى إدارة الوزارة لهذه الأعيان رحمة بالمستحقين ، ورعاية لمصالحهم ، وحماية لهم من تعسف النظار . وتعتقد أن المحاكم الشرعية تشاطرها هذا الاعتقاد ، ولاتمانع اللجنة فى أن تتوسع الوزارة أيضا فى قبول الحراسات القضائية على الأطيان التى يقوم بشأنها نزاع ، لأنه لايوجد فى البلاد إدارات منتظمة للحراسات القضائية تحقق إيصال الحقوق لأربابها ، وتلفت اللجنة نظر الوزارة إلى اتخاذ التدابير اللازمة لتفهيم الجهات بوجود هذا الاستعداد لديها » .

وكنا نشاطر تلك اللجنة رأيها ، ولكن بشرط ألا نحرم المستحقين من حق هو لجميع المستحقين فى الأوقاف ، وهو منع ماعساه يلحقهم من مغبة الإهمال الذى توالى ، وتصايحت الناس بالشكوى منه فى كثير من الأحيان ، وفى النفس ملاحظات كثيرة يضيق المقام الآن عن بيانها ولاحاجة الآن إلى البيان ، وكان كلها يوجب أن يكون للقضاء هيمنة ومعاونة للمصلحين ، وكل من يرومون القيام بإصلاح هذه الوزارة التى قامت للرعاية وحفظ الأوقاف فكان من إهمال بعض المستخدمين فيها ماجاء على أساسها بالنقض ، وخالف الأصل الذى قامت عليه . والآن وقد ألغى الوقف الأهلى ، وقد صار الوقف كله خيريا إلا مااشترط فيه الواقف أن يكون الريع لنفسه ، وقد جاء ذلك أخيرا وصار لها النظر فى كل الأوقاف إلا ماتنزل عنه بمسوغ ، وصارت ميزانيتها جزءا من ميزانية الدولة ، فقد صار حقا عليها أن تراعى قصر صرف غلاتها على المسلمين أو تقيم على ولايتها كل الأوقاف من غير استثناء .

أجرة الناظر

٣١١ — للمتولى على الوقف أجر عليه ، والأصل فيه مافعله عمر ابن الخطاب رضى الله عنه ، حيث قال فى كتاب وقفه : « لوالى هذه الصدقة أن يأكل منها غير متأثل مالا » ومثل ذلك فعله على بن أبى طالب رضى الله عنه وغيره من الصحابة والتابعين فى صدقاتهم . ومذهب الحنفية فى تقدير تلك الأجرة هو أن الواقف إن جعل له أجرا مقدرا بالنقد ، أو مايشبهه ، أو أجرا نسبيا مضافا إلى ريع الوقف ، بأن قال : له العشر منه أو الثمن أو نحو ذلك الأجر بالغا مابلغ ، ولو كان أكثر من أجر المثل المتعارف أداؤه لمثل هذه الأعمال ، لأن بعضه أجرة والزائد استحقاق ، ويستحق الناظر الأجر مادام قائما بشئون الوقف ، يرعاها بالقدر الذى يطلب من أمثاله ، فإذا كان المتولى امرأة لاتطالب إلا بما تستطيعه النساء عادة . ولو أصيب المتولى بمرض يمنعه من الإشراف الفعلى على أعيان الوقف ، وتحصيل غلاته ، فهو مستحق للأجر مادام يستطيع الأمر والنهى ، وأن يشير برأيه فى كل مايحدث ومايعرض للوقف من أمور ، لأن الإدارة رأى ونظر وحسن تدبير ، والعجز الجسمى لايمنع شيئا من هذه الأمور ، فيستحق الأجرة إذن مادام الوقف يستفيد من آرائه ، وهو مرعى برعايته التى يستطيعها .

وإن جعل الواقف النظر لشخص وعين له أجرا يزيد على أجر المثل ففوض لغيره تفويضا صحيحا ، فليس للمفوض إليه إلا أجر المثل ، لأن الزيادة أعطيت للأصيل على سبيل الاستحقاق بمقتضى شرط الواقف مادام ناظرا فلا يأخذها المفوض ، لأنها غير مشروطة ، ولذا يستحقها إن جعل الواقف تلك الأجرة للأصيل ، ولمن يفوض إليه ، أو لكل ناظر يتولى الوقف ، ولم يجعلها لشخص بعينه .

وإن كان الأجر الذى قدره الواقف للمتولى أقل من أجر المثل رفعه القاضى إليه إن طلب الناظر ذلك ، لأنه أجرة عمل يستحقها بالطلب ، وإن لم يطلب كان متبرعا بالزائد عما عينه ، ولايقضى القاضى بغير طلب .

وإن ضم ثقة إلى الناظر المعين من قبل الواقف ، أو بمقتضى شرطه

أخذ أجرته من أجرة الناظر ، إن كان فيها سعة ، وإلا لا يأخذ من أجر الناظر ، بل يعين القاضى له أجرا مستقلا ، يتناسب مع مايقوم به من عمل ، ومايقدمه للوقف من مصلحة .

وإن لم يعين الواقف أجرا مطلقا ، فالقاضى يقدر للناظر أجر المثل ، وكذلك الشأن إذا كان القيم معينا من قبل القاضى ، فإنه هو الذى يجعل له الأجر بحيث لايزيد على أجر المثل ، ولايستحقه إلا إذا عمل ، فإذا لم يعمل ، كأن يحيل المستحقين على المستأجرين ، ليأخذوا منهم غلات الوقف ، لايستحق الأجرة . وإن لم يجعل القاضى له أجرة ، فإن كان المعهود فى مثله ألا يعمل إلا بأجر ، فله أجر مثله ، وإلا فلا أجر له. ولاشك أن المعهود الآن ألا يقوم أحد بإدارة وقف إلا إذا كان له فى نظير ذلك أجر معلوم ، بل إن ذلك الأجر موضع تنافس المتنافسين ، وتناحر الطامعين ، ومزدحم الطالبين ، ومطمع الراغبين ، فكل من يتولى أمر الوقف من قبل القاضى ، فله إذن أن يطالب بذلك الأجر ، ولو لم ينص القاضى عليه عند تعيينه ، بل إن الجارى الآن أنه لايعين من قبل القاضى ناظر مَن غير أن يبين له أجر .

٣١٢ــ هذا هو مذهب الحنفية ، ومذهب المالكية يقارب هذا ، فقد جاء فى الشرح الصغير وغيره التصريح بأن ناظر الوقف له أجرة ، وأن الأجرة من الريع ، وتقدر بالمصلحة ، وجاء فى مواهب الجليل : « قال ابن عرفة ، عن ابن فتوح : للقاضى أن يجعل لمن قدمه للنظر فى الأحباس رزقا معلوما فى كل شهر باجتهاده فى قدر ذلك ، بحسب عمله وفعله ، ومن هذا نرى أن القاضى يجعل للمتولى أجرا بقدر المصلحة أو بقدر اجتهاده ، وقدر المصلحة أو قدر الاجتهاد والعمل هو أجر المثل ، وماتعارفه الناس مكافأة لمثل هذا النوع من الأعمال ، وإذا كان هناك تقدير من قبل الواقف احترم من غير خلاف فى ذلك »

وقال بعض فقهاء المالكية ، ونسب هذا القول لابن عتاب وغيره أن الواقف أجرته فى بيت المال ، لامن ريع الوقف ، ولذا جاء فى مواهب

الجليل « عن ابن عتاب ، عن ابن المشاور ، لاتكون أجرة الوقف إلا من بيت المال ، فإن أخذها من الأحباس أخذت منه ، ورجع بأجرة فى بيت المال ، فإن لم يعط منه فأجره على الله ، وإنما لم يجعل له شىء ، لأنه تغيير للوصايا » وبمثل قول ابن المشاور أفتى ابن ورد ، وقال : لايجوز أخذ أجرته من الأحباس إلا أنه يحمل على من حبس . وجاء فى حاشية الشرح الصغير ، « يجوز للقاضى أن يجعل للناظر أجرة من ريع الوقف على حسب المصلحة خلافا لقول ابن عتاب أنه لايحل له أخذ شىء من غلة وقف ، بل من بيت المال ، إلا إذا عين الواقف شيئا » .

وترى من هذا كله أن فى مذهب المالكية قولا لبعضهم بأن أجرة الناظر الذى لم يعين له الواقف شيئا تكون من بيت المال ، وكأنهم بنوا ذلك على أن إدارة الأوقاف من أعمال الدولة ، ومن الأمور التى يجب أن يقوم بها المحتسب الأكبر ، وهو الحاكم ، وذلك لأنها فى أكثر الأحيان مآلها إلى البر والصدقات والخيرات ، وإذا كان ذلك كذلك فمن يقوم بشئونها يكون كعمال الدولة يأخذ أجرته من بيت مالها ، لامن الأوقاف ، ولكن ذلك الرأى مرجوح كما علمت ، لأن المصالح الخاصة زادت فى الأوقاف ، على المصالح العامة ، وإن كان لذلك الرأى صلاحية للتطبيق ، فهو فى الأوقاف التى تمحضت للخير ، ولاتصرف إلا فى وجوه البر أو المصالح العامة كالملاجىء والمصحات ونحو ذلك ، فإن إدارة مثل هذا النوع من الأحباس يصح أن تتحمل نفقاته الدولة ، لأنها تؤدى بعض شئونها ، وتقوم ببعض واجباتها ، وتحمل جزءا من أعبائها ، وتعاونها فيما تبغى من إقامة بناء اجتماعى قوى صالح . أما الأوقاف الأهلية التى تعود منافعها على معينين محصورين ، فلا يصح أن يتحمل بيت المال شيئا من النفقات الواجبة لإدارة أحباسهم ، لأن ذلك يكون إنفاقا للمال الذى تمحض للعموم ، لأناس مخصوصين من غير عمل قدموه للمنفعة العامة ، ومن غير حاجة ماسة .

٣١٣ ـــ ومذهب الشافعية رضى الله عنهم أن الواقف إن قدر مقدارا اتبع ، ولو كان أكثر من أجر المثل ، لأن الناظر يأخذه في هذه الحالة على

وجه الاستحقاق بالشرط لاعلى وجه الإدارة ، ولذا يثبت له ولو لم يطلبه ، وإن لم يقدر الواقف قدرا للمتولى لايستحق شيئا ، حتى يرفع الأمر إلى القاضى ، ويطلب أن يقدر له شيئا ، فإن لم يطلب لايستحق على الراجح ، وإذا طلب ، قال بعض الشافعية يستحق أجر المثل سواء أكان محتاجا أم غير محتاج ، لأن ذلك أجر نظير عمل يستحق أجرته ، ولم يجب إلا بالطلب ، لأنه يكون متبرعا إذا لم يطلب ، وقال بعضهم لايستحق بالطلب إلا إذا كان محتاجا ، ويثبت له مايسد نفقته فقط ، وقال النووى يثبت له الأقل من أجر المثل ومن نفقته بالمعروف ، ومعنى ذلك أنه يثبت له مايسد حاجته بشرط ألا يزيد عن أجر المثل ، فإن زاد لم يستحق شيئا من الزيادة ، وقد عللوا ذلك بأن القائم على الوقف المتولى شئونه كالولى على الصغير ، يأخذ مايكفيه بالمعروف عند الحاجة عملا بقوله تعالى فى شأن الأولياء ﴿ **ومن كان غنيا فليستعفف ، ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف** ﴾ (١)

هذه خلاصة الأقوال وتوجيهها بشأن أجرة الناظر عند الشافعية ، وقد أخذناها من كتاب نهاية المحتاج ، وهذا نصه : « ويستحق الناظر ماشرط من الأجرة ، وإن زادت على أجر مثله ، فلو لم يشرط له شىء لم يستحق أجرة ، نعم له رفع الأمر إلى الحاكم ليقرر له أجرة ، قاله البلقينى ، قال تلميذه فى تحريره ، ومقتضاه أنه يأخذ مع الحاجة ، إما قدر النفقة له ، كما رجحه الرافعى ، أو الأقل من نفقته وأجرة مثله ، كما رجحه النووى ، وقد يقال التشبيه بالولى إنما وقع فى حكم الرفع إلى الحاكم ، لامطلقا ، فلا يقتضى ماقاله ، ومرادهم أنه يأخذ بتقرير الحاكم ، على أن الظاهر هنا أنه يستحق أن يقرر له أجر المثل ، وإن كان أكثر من نفقته » وفى هذا النص ترى الأقوال الثلاثة التى قررناها .

٣١٤ ـــ وفى مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه أن الواقف إن جعل للناظر أجرا معلوما ، فهو له بالغا مابلغ ، لأن الأخذ فى هذه الحالة يكون

---

(١) سورة النساء ـــ الآية ٦ .

بنص شرط الواقف ، لاعلى كونه أجرا فقط ، وإن لم يعين الواقف قدرا فعند الحنابلة قولان مصححان :

(**أحدهما**) أنه لايحل له إلا أن يأكل بالمعروف ولو لم يكن محتاجا ، وهذا نص ماجاء فى وقف عمر ، فقد ورد فيه أن لولى هذه الصدقة أن يأكل منها غير متمول ، وفى رواية غير متأثل ، ومعنى ذلك أن الذى يقر للناظر لايلزم أن يكون أجر المثل ، ويصح ولو كان الناظر غير محتاج ، وقال بعضهم ليس له أن يأخذ إلا عند الفقر ، كالولى لايأكل من مال الصغير ، إلا إذا كان فقيرا ، ولايأكل إلا بالمعروف .

(**ثانيهما**) أنه يجب له أجر المثل ، وقد جاء ذلك القول على أنه قياس المذهب فى الأحكام السلطانية ، وذلك لأن مايأخذه المتولى هو فى نظير عمل ، فهو أجرة ، والأجور تقدر بالمثل ، وماهو المتعاهد المعروف ، ويستحق ذلك من الوقت الذى تولى فيه النظر .

وهذا كله إذا كان الناظر ممن يأخذون العوض عن أمثال هذه الأعمال عادة ، أى يستأجرون لإدارة الأوقاف عادة ، أما إن كان ممن لايؤجرون فى هذا السبيل وممن جرت العادة بأنهم يتبرعون بذلك ، ولايأخذون له أجرا ، بأن يكونوا ذوى خطر وشأن تعلو نفوسهم عن أن يستأجروا أيا كانت الأجرة ، فلا أجرة له وهو متبرع به ، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، فكأنه بقبوله إدارة الوقف من غير نص على أجرة ، قد التزم التبرع بإدارته ، كالجارى المعروف عن أمثاله ، وقد قيل إن ذلك القول هو قياس مذهب الحنابلة ، وهذا القول كما ترى قريب جدا من قول فى مذهب الحنفية ، بل لايكاد يختلف عنه فى شىء قط .

٣١٥ — هذه آراء أعلام الفقهاء فى أجرة الناظر ، وبقى أن نلقى نظرة على ماهو معمول به الآن ، وعلى أجر المثل الذى كان يقرر فى الأيام السابقة على إلغاء الوقف الأهلى ، فقد كان ذلك الإلغاء فاصلا بين عهدين للنظار .

وقد جرت وزارة الأوقاف إبان ذاك على أن تأخذ مقدار عشرة فى المائة من غلات الوقف ، وتقدر ذلك بالنسبة إلى الغلات كلها قبل أن تحصل الضرائب المفروضة على أعيان الوقف أراضيه وعقاراته ، وعلى ذلك يكون العشر الذى تحتسبه لنفسها إذا أضيف إلى صافي الغلات كان أكثر من عشرها ، وإذا ضم هذا إلى ماتحتسبه على الغلات من نفقات أخرى ، كان المقدار الذى كانت تستوفيه أكثر من العشر بكثير ، حتى لقد قدره الأكثرون بنحو ١٥ ٪ هذا تقدير وزارة الأوقاف لأجرها ، وقد صدر به قانونها منذ نشأت ديوانا ، واستقرت عليه حتى صارت وزارة ، وقد قدر القضاء الشرعى للنظار الذين يعينون من قبله ، أو النظار الذين يعينون من قبل الواقف ، أو بمقتضى شرطه ، ولم يبيِّن قدر معلوم مشروط لهم فى كتاب الوقف — أجورا تتناسب مع مايعهد إليهم من أعمال ، وماهو جار فى العرف العام الشائع ، ولم يقيد نفسه بالعشر الذى سنته وزارة الأوقاف ، واعتبرته أجرا واجب الأداء ، لأنه رأى أن ذلك أجر لايتناسب مع مايعهد إليهم من أعمال ، وخصوصا نظار الأوقاف الكبيرة ، فلو احتسبت أجورهم بنحو العشر لكان أجرا باهظا ، فمن الأوقاف مايقارب عشرة آلاف فدان أو يزيد ، وفى الرخاء يدر الفدان نحو ثلاثين جنيها ، فيكون مايستحقه الناظر أجرة على ذلك الأساس ثلاثين ألف جنيه ، تجيء إليه تباعا كل عام ، وعلى ذلك يكون المدير لأمر وقف واحد يستحق أجرا عليه أضعاف أضعاف ماكان يستحقه رئيس الوزارة فى إدارته لشئون الدولة والأمة ، وذلك لعمرى فى القياس عجيب ، لذلك كان مايفعله القضاء الشرعى حسنا فى عدم تقيده بما قدرته وزارة الأوقاف أجرا لنفسها ، وأخذته جزاء لعملها .

وإذا كان لنا أن نعلق على ماكان يجرى فهو أنا كنا نستكثر على وزارة الأوقاف ماتأخذه، ولنا على ذلك أدلة من الفقه ، ومن الواقع ، أما الواقع فلأنه أكثر من أجر المثل بكثير ، بدليل أن القضاء ماكان يقدر للنظار من آحاد الناس إلا مادون ذلك ، ولو كان أجر المثل هو العشر لقدره القضاء العشر دائما ، وقد علمت مايترتب على ذلك من القياس الفاسد ، والنتائج الغريبة فى بابها ، وإذا كان ماتأخذه وزارة الأوقاف إنما هو أجرة من كل

الوجوه ، فهى أجرة فيها غبن فاحش من كل الوجوه .

وقد لاحظنا أمرا أدخل فى الغرابة مما سقناه ، ذلك أن فضيلة شيخ الأزهر ، وفضيلة مفتى مصر كانا قد وكلا وزارة الأوقاف فى إدارة الأوقاف التى اشترطت النظارة لهما فيها ، وجعلا لوزارة الأوقاف فى سبيل ذلك ٥ ٪ ، واستبقيا لأنفسهما ٥ ٪ ، وقبلت ذلك الوزارة ، وتولت إدارة تلك الأوقاف ، ولم ترفى ذلك عبئا فاحشا لها ، ولاظلما واقعا عليها ، بل ارتضته ، وتقبلته بقبول حسن ، وإن فى ذلك لعمرى مايدل على أن ٥ ٪ أجر معقول مقبول ، لاظلم فيه ولاغبن فهلا كانت قد جعلته سنتها فى كل الأوقاف ، وهلا عدلت قانونها بجعل أجرها ٥ ٪ أو تفوض ذلك للقضاء الشرعى ، وهو يلاحظ الأحوال والملابسات ، ومايحتاج إليه كل وقف من عناية وعمل .

٣١٦ — ومن الوجهة الفقهية لانجد للعشر أصلا فقهيا يعتمد عليه ، إلا أن يكون العشر هو أجر المثل . فقد جاء فى العقود الدرية بالنسبة لتقدير العشر : « سئل الناظر إذا أراد أخذ العشر من كامل غلة الوقف نظير عمله ، وهو قدر أجر مثله ، ويعارضه بقية المستحقين زاعمين أن له عشر الفاضل بعد المصارف . فهل له ذلك ؟ فأجاب : حيث كان العشر أجر مثله ، ولم يجعل له الواقف شيئا له أخذه من كامل الغلة قبل حساب المصارف ، وسئل فى ناظر وقف أهلى جعل له القاضى عشر المتحصل من غلة الوقف نظير عمله فى الوقف ، فهل له أخذه ؟ فأجيب : نعم له أخذ ذلك من الغلة إذا عمل فى الوقف ، إذا كان ذلك قدر أجر مثله ، كما فى الخلاصة والبزازية . والصواب أن المراد من العشر أجر مثل عمله حتى لو زاد على أجر مثله رد الزائد ، كما هو مقرر معلوم ، ويؤيده أن صاحب الولوالجية بعد أن قال : جعل القاضى للقيم عشر غلة الوقف ، قال قدر أجر مثله ، ثم رأيت فى إجابة السائل ، ومعنى قول « القاضى جعل له عشرا ، أى التى هى أجر مثله ، لاماتوهمه أرباب الأغراض الفاسدة » أ .هـ كلامه . ومن هذا تعلم أن تقدير العشر ليس له اعتبار فقهى إلا إذا كان ذلك بتقدير الواقف ، أو كان هو أجر المثل ، ولعل العشر كان أجر المثل المعقول عندما وضعت لائحة ديوان

الأوقاف ، ولكنه صار من بعد لايعتبر أجر المثل فى الكثير الغالب . وهذا إذا نظرنا نظرة مذهبية مقيدين أنفسنا بمذهب أبي حنيفة الذى كان لايزال معمولا به ، ولو حلقنا فوق ذلك المذهب ، وعمدنا إلى الينبوع الذى أخذ منه تقدير الأجر للنظار ، وكان هو الأصل فى هذا الباب هو وقف عمر رضى الله عنه ، وقد جاء فيه مما يتعلق بالأجرة : « لاجناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ، أو يطعم صديقا غير متمول فيه » وفى رواية أخرى « غير متأثل » وقد علق على ذلك ابن حجر فى فتح البارى ، فقال : « اشتراط نفى التأثل يقوى ماذهب إليه من قال : المراد من قوله يأكل بالمعروف حقيقة الأكل ، لا الأخذ من مال الواقف بقدر العمالة » وقد علمت أن الأخذ بمقدار الحاجة فقط قول مصحح عند الشافعية ، وقول مصحح أيضا عند الحنابلة ، وهو مأخوذ من ذلك الأثر الذى يعتبر الأصل فى كل مايتعلق بالأوقاف وشرعتها ، وأين هذا من تقدير العشر الذى جعلته وزارة الأوقاف من قبل — فريضة واجبة الأداء على كل وقف تديره ، وتقدمها على كل شأن من شئونه .

٣١٧ — ولقد يلاحظ المرء أن وزارة الأوقاف كان أكثر اختصاصها يتعلق بإدارة الأوقاف الخيرية ، وأكثر هذه الأوقاف تقوم بأعمال ، كان على الدولة أن تقوم بها إذا لم يقم الأغنياء من الأمة بها ، فبالغلات من الأوقاف الخيرية تنشأ المصحات ، وتبنى الملاجىء ، وتقام المساجد ، ويطعم المسكين والفقير والأرامل ، ومن لاعائل له من عاجز عن الكسب ، وقد سدت أمامه أبواب الرزق ، وكل تلك الأمور تقوم بها الحكومات الصالحة ، وكان ينفق عليها من بيت مال المسلمين فى سالف الأزمان ، فواجب أن ينفق عليها من مال الدولة الآن ، وإذا كانت هذه آثار الأوقاف الخيرية ، وماتؤديه من شئون فقد كان من الواجب ألا تأخذ أجرة فى نظير إدارتها وزارة الأوقاف مطلقا ، لأنها تقوم ببعض مايجب على الحكومة أن تقوم به ، فليس من المعقول إذا آلت إدارتها إليها

أن تأخذ أجرا على ذلك ، بل المعقول أن تجعل إدارتها من باب الحسبة الواجبة عليها ، وقد علمت مما مضى فى مذهب مالك رضى الله عنه أن الواقف إن لم يعين أجرا كانت من بيت المال ، وقد أسلفنا أن ذلك القول معقول مقبول فيما يتعلق بإدارة الأوقاف التى تمحضت للبر ، وآلت اليه .

محاسبة النظار

٣١٨ ـــ جرى الفقهاء فى محاسبة النظار على فرض حسن النية ، وتغليب الثقة على الشك ، وحمل أفعالهم على الخير ، دون الشر إلا إذا قام الدليل ، ولذا لم يوجبوا المحاسبة فى أدوار زمنية ، ولم يضعوها فى نطاق شديد مانع من التضليل والزيغ ، إذ غلبوا العدالة على التهمة ، وخافوا من أن التظنن فى تصرفات متولى أمور الأوقاف يجعل وجوه الناس يحجمون عن إدارتها ، ويمنع ذوى المروءات من التعرض للولاية عليها ، وفى ذلك مايعود على الأوقاف عامة بالضرر الوبيل ، ومايجعل الداء ينخر فيها ، من غير أن يتعرض ذوو الصلاح لإصلاحها ، ضنا بكراماتهم ، وحرصا على مروءاتهم .

وعلى ضوء نظر الفقهاء هذا نسرد لك أحكام المحاسبة عندهم ، ونعقب عليها بما ينبغى أن تكون عليه الأمور ، إذا حالت الأحوال ، وتغيرت الدنيا ، واختلفت الأنظار .

لقد ذكر الفقهاء أن الناظر لايحاسب إلا إذا اتهمه المستحقون بخيانة أو مخالفة شرط الواقف ، أو شكوا من تصرفاته معهم ، أو إذا طلب الناظر تقدير أجر له ، أو تظلم من صغر أجره ، أو إذا استأذن فى تصرف يحتاج إلى إذن القاضى ويلزم للإذن بيان حاجة الوقف ، كالاستبدال والاستدانة ونحوهما ، فيقدم فى كل هذه الأحول بيانا بما ورد إليه من موارد الوقف ، وماأنفقه فى مصارفه ،

وإن لم يقدمه من تلقاء نفسه طلبه إليه القاضى ، وقد قالوا : إن كان أمينا اكتفى منه بالبيان الإجمالى ، فلا يسأل عن مصارفه ووجوه الإنفاق تفصيلا ، لأنه أمين غير متهم ، وإن قدم هو ذلك البيان من تلقاء نفسه ، قبل منه إن كان فى وجوهه ، ونوقش فيما قدم إن لوحظ عليه شىء ، وإن كان متهما لايكتفى منه بالبيان الإجمالى ، بل يجبر على التفصيل ، وتعيين جهات التحصيل جهة جهة ، بحيث يبين ماجاء إليه كل شهر من أجور الدور ، وماجاء من كل مسكن من مساكنها إذا كان الموقوف دورا أو حوانيت ، كما يبين ماجاء من كل زرع ونبات أخرجته الأرضون ، ومساحة المزروع من كل صنف ، وعليه أن يبين المصارف مصرفا مصرفا ، بحيث يبين ما أخذه كل مستحق فى كل شهر ، إن كان يوزع عليهم كل شهر ، وفى كل سنة إن كانت الغلات توزع كل عام ، ويبين ماأنفقه على العمارة ومقداره وجهاته ، بحيث يبين كل باب من أبوابه ، وكل مصرف من مصارفه .

فإن قدم الناظر المتهم ذلك الحساب التفصيلى اختيارا نوقش فيه ، وإن امتنع عن تقديمه طوعا حمل على التقديم ، وأجبر عليه ، وقد عينوا طريق الإجبار ، وهو التهديد يومين أو ثلاثا ، ومنعوا القضاة من حبسه ، هذا نص ماجاء فى الدر المختار ، ورد المحتار « ولو متهما يجبره على التعيين شيئا فشيئا ، ولايحبسه ، بل يهدده يومين أو ثلاثة » فإن فعل فيها ، وإلا يكتفى منه باليمين ، وبمثل ذلك جاء فى البحر .

ونحن نرى أن ذلك الطريق الذى سنه الفقهاء للإجبار ليس مؤديا إلى حمله على البيان ، إذ أن التهديد المجرد لايجدى فتيلا ، ولايؤثر فى النفس بأى نوع من أنواع التأثير ، إذا علم المهدد بأن من هدده لايملك تنفيذ شىء مما هدد به ، وأنه يرعد ويبرق عن

سحابة جفل لاماء فيها ، وخصوصا إذا كان ممن تمرست نفسه بالآثام وممن أحاطت بهم الخطيئات ، واستولت عليهم السيئات ، واعتادوا الشر ، ولم يرتكبوه عن جهالة بآثاره ، وإذا كان ذلك الطريق غير مؤد كما علمت إلى حمله على البيان فى جل الأحوال ، كان حكم الناظر المتهم إذن مقصورا على تحليفه اليمين إذا لم يبين بالتفصيل ، ولايكون هناك فرق بينه وبين الأمين إلا أن هذا لايحلف ، مراعاة لأمانته ، وحفظا لمروءته ، حتى لايحجم وجوه الناس عن ولاية الأوقاف ، كما ارتأى الفقهاء ، ولقد قال بعض الفقهاء أن الناظر الأمين يحلف ، فلم يبق إذن فرق بين الأمين وغيره .

وأن الرأى الفقهى الذى انبنى عليه الكلام فى هذه المسألة هو أن الشريك والمضارب والوصى والمتولى أمناء فيما تحت أيديهم من أموال ، فالأصل أن لاضمان عليهم ، وأن ذمتهم بريئة لم يتعلق بها شىء ، فلايتوجه إليهم إلزام بتفصيل ، لأن الإلزام أثر للضمان ، وإذا انتقى الضمان ، كما هو المقرر ، فقد انتقى المؤثر فلا أثر ، وبالتالى فلا إلزام بتفصيل ، ولذا جاء فى أثناء بيان تلك المسألة « الشريك والمضارب والوصى والمتولى لايلزم بالتفصيل ، وإن غرض قضاتنا ليس إلا منع الوصول لسحب المحصول » وإذا كان الأصل الأمانة فمطلق الاتهام لاينفيها ، فلا فرق إذن بين المتهم وغيره .

٣١٩ — وإذا بين الناظر اختيارا أو اضطرارا ، فإن صادقه المستحقون على البيان ، كانت مصادقتهم حجة عليهم ، لأنها إقرار قد صدر عن أهله ، والإقرار حجة على المقر ، وإن لم يصدقوه كان الحكم الأول الذى ترضى حكومته ، وفيصل التفرقة بين الحق والباطل هو المشاهدة ، وظواهر الأحوال إن أمكن الاحتكام إليها ،

وكانت لها شهادة فى الأمر ، فإذا ادعى مثلا أنه قبض الأجور ، وجمع الغلات ثم أنفقها على عمارة الوقف ، ولم يزد عما كانت عليه الدار حال الوقف ، فنازعه المستحقون فى مقدار ماأنفقه فى الإصلاح والعمارة بأن ادعى قدرا فذكروا هم أن ذلك القدر كبير باهظ ، وأنه ينفق عليه دون ذلك بكثير ، ولم يصدقوا الناظر فى أنه أنفقه ، أو صدقوه ، وقالوا إن فيه غبنا فاحشا على الوقف وأن ذلك بر .ن نقص كفاية الناظر ، أو خيانته ، وأنه فى الحالتين ضامن ، إذ فيه خسارة على الوقف والمستحقين ، أو صدقوه فى مقدار الانفاق وأنه نفقة المثل ولكن ادعوا أنه زاد على العين ، ولم يعدها إلى ماكانت عند الوقف ، فإن ادعوا شيئا مما ذكرنا استعان القاضى بأهل الخبرة ، وسأل أهل المعرفة ، وكان كلامهم الذى يقع فى قلب القاضى صدقه بعد مناقشته لهم ، ومساجلتهم القول — وهو الحكم فى الموضوع والفاصل فيه ، فإن شهدوا للناظر ، برىء من الضمان ، وإن شهدوا للمعترضين ، كان الناظر مسئولاعن سوء تصرفه وعقبى تبذيره ، وكان ضامنا لكل مغرم لحق الوقف أو المستحقين بسببه .

وكل نفقة ينفقها الناظر على الوقف ، خصوماته ودعاويه ، واستخلاص حقوقه ، فالحكم فيها العرف الجارى وظواهر الأحوال ، فمن يشهد له الظاهر صدق ، ومن لم يشهد له كذب ، ومما يضاف إلى نفقات الوقف أجور الكتاب الذين يقومون بضبط الحساب ، وثمن الأوراق وأجور أماكن إدارة الأوقاف وغير ذلك مما تضطر إليه إدارة الأوقاف ورعايتها ، ويشهد العرف بأنها نفقات لازمة لأمثال هذه الإدارة ، ولذا جاء فى الفتاوى المهدية فى الإجابة عن سؤال فى رسم تقرير النظر ومعلوم التوكيل ، وماأنفقه الناظر لضبط الوقف ، أيحسب للناظر عند المحاسبة أم يحسب عليه ؟ : « ومايتعلق بما دفع للقاضى فى رسم تقرير النظر ، إن كان أمرا

ضروريا لابد منه لمصلحة الوقف ، فقد صرحوا فى نظائره بأن مايؤخذ من الناظر من مال الوقف لجهة القضاء مثلا ، ولم يمكنه دفع الآخذ عن ذلك ، فللناظر احتسابه على الوقف ، فما يعلم دفعه فى ذلك على هذا الوجه لايضمنه الناظر المذكور ، وأما معلوم التوكيل ، فإن كان من باب تقرير وظيفة فى الوقف بمرتب مستمر ، فلا يسوغ للناظر فعله بدون شرط الواقف ، إذ ذلك منوط بالقاضى الذى يملك ذلك لدى تعين المصلحة ، نعم للناظر صرف مقدار أجر مثل من عمل فى الوقف عملا ضروريا فى مصالحه فإنه يستحق عليه الأجر بدون جعل ذلك وظيفة مقررة ، كما أن له دفع أجر مثل من عمل فى أمور الوقف على قدر عمله الضرورى ، بدون تقرير وظيفة بمرتب مستمر ، وكذا له دفع ثمن ورق اشتراه لمصالح الوقف ، إن احتيج إلى ذلك ، والله أعلم » ومن هذا الكلام يستفاد أن كل مايدعى إنفاقه على الوقف يحكم فيه أجر المثل ، وظواهر الأحوال والمشاهدة بعد تبيين أن ذلك تصرف سائغ للناظر ، جائز له بمقتضى شرط الواقف أو لمصلحة داعية إليه مع إذن القاضى ، ونحو ذلك .

٣٢٠ — وإن ادعى فى بيان مصارف الوقف أنه حصل الأجور ، وجمع الغلات وأعطى الفاضل منها بعد نفقات الوقف للمستحقين قبل قوله ، ولا حاجة إلى بينة ، وإن أنكر المستحقون ، اختلف فى لزوم التحليف ، فقال بعض الفقهاء يحلف ، وقال بعضهم لايحلف ، لأنه أمين ، والأمين يقبل قوله فيما تحت يده من غير يمين ، وقال بعضهم إن كان متهما لايقبل قوله إلا بيمين ، وإن لم يكن متهما ، قبل من غير يمين ، وقد رجح الأكثرون فى الأزمان المتأخرة ألا يقبل قولها إلا بيمين لغلبة الفساد وكثرة الخيانات وطمع النظار ، وقد بين ذلك فى العقود الدرية أتم بيان إذ جاء فيها : « الذى صرحوا به أنه يقبل قوله فيما يدعيه من الصرف على

المستحقين بلا بينة ، لأن هذامن جملة عمله فى الوقف ، وأفتى به التمرتاشى رحمه الله . واختلفوا فى تحليفه ، واعتمد شيخنا فى الفوائد أنه لايحلف . وقال العلامة الخير الرملى فى حاشيته : والفتوى على أنه يحلف فى هذا الزمان .. وفى حاشية الحموى على الأشباه فى باب القضاء والشهادات ، والظاهر من كلام صاحب القنية أن عدم التحليف إنما هو فى غير ما إذا اتهمه القاضى ، ولايدعى عليه شيء معين ، وإذا لم يكن هناك منكر معين ، وفيها أيضا فى باب الأمانات ، الناظر إذا ادعى الصرف ، قال بعض الفضلاء ينبغى أن يقيد ذلك بألا يكون الناظر معروفا بالخيانة ، كأكثر نظار زماننا ، وأفتى المولى أبو السعود بأنه إذا كان مفسدا مبذرا لايقبل قوله فى صرفه مال الوقف بيمينه فقط .

وترى من هذا بيان الأقوال الثلاثة التى تتعلق بالتحليف وعدم التحليف ، وأن أبا السعود العمادى أفتى بأن الاكتفاء بقوله بيمينه إذا لم يكن مفسدا مبذرا ، وأما اذا كان مفسدا مبذرا فلا يكتفى بقوله ولو مع اليمين ، بل لابد من الإثبات بالبينة ، وقد قالوا أن تلك الأحكام ثابتة ولو كان المستحقون قد ماتوا ، فإن شأنه مع ورثتهم يكون كشأنه معهم ، يقبل قوله من غير يمين إن لم يكن متهما ، وبيمين إن كان متهما على ماعلمت من أحكام ذلك ، بل قالوا إن هذه الأحكام هى المقررة ، ولو كانت المحاسبة بعد عزل الناظر ، لأن الناظر كالوكيل ، والوكيل القول قوله فيما كان يملكه من تصرفات ، ولو بعد العزل ، فكذلك يقبل قول الناظر فيما هو من تصرفاته بعد العزل كما يقبل قوله ، وولايته قائمة ثابتة .

٣٢١ — ولم يفرق الفقهاء بين كون المستحقين معينين محصورين أو غير محصورين ، كما لم تفرق كثرتهم بين كونهم مستحقين بمقتضى الشرط من غير أى عمل يقومون به ، وبين كونهم من أرباب الشعائر ، ولكن

قد نبت فى عصور متأخرة فقيه فرّق بين المستحقين بمجرد العطاء بشرط الواقف ، وبين أرباب الشعائر ، وأصحاب الوظائف ، كإمام المسجد ، ومؤذنه وخادمه ، فأفتى بأن هؤلاء لو ادعى الناظر إعطاءهم مرتباتهم لايقبل قوله فى شأنهم عند إنكارهم إلا ببينة ، لأن هؤلاء يشبهون من يقومون بعمل استؤجروا عليه ، إذ ليس مايأخذون صلة خالصة ولاتبرعا صرفا ، ومن استؤجر لعمل فى الوقت ، ككاتب يقيد شئون الوقف ، أو مشرف على الزراعة يرعاها ويرقبها لايقبل قول الناظر فى إعطائه أجورهم إلا ببينة ، أو إقرار منهم ، فكذلك أرباب الشعائر ، وأصحاب الوظائف لأن مارتب لهم فى نظير بعض الأعمال فكان كالأجرة [1] ، فله حكمها ، وقد ارتضى ذلك الرأى كثيرون من المتأخرين ، وعدوه تفصيلا حسنا ، وتفرقة بينة ، ولقد بين الرأى ومن اعتنقه ابن عابدين فى تنقيح الحامدية ، فقال : « أما دفعه لأرباب الوظائف ، فقد سئل المولى الهمام عمدة الأنام ، شيخ الإسلام أبو السعود أفندى العمادى مفتى السلطنة العلية عن سؤال رفع إليه فى دفع الوظيفة المعينة فى الوقف للخطيب أو الإمام أو المؤذن ، هل يقبل قول الناظر فى ذلك بيمينه . فأجاب : لايقبل ، لما فيها من جانب الإجارة ، وهو لو استأجر أجيرا لمصلحة المسجد ، ثم ادعى الدفع إليه لايقبل ، بخلاف مالو ادعى الدفع للموقوف عليهم كأولاد الواقف ، فإن القول قوله فى ذلك بيمينه ، وهو المراد بقولهم الموقوف عليهم ، لعدم ملاحظته جانب الإجارة فيهم ، قال العلامة الشيخ محمد الغزى التمرتاشى فى فتاويه بعد ذكر هذه الفتوى ، وهو تفصيل فى غاية الحسن ، فليعمل به . وقال عطا الله أفندى فى مجموعته ، سئل شيخ الإسلام زكريا أفندى عن هذه المسألة ، يعنى مسألة قبول قوله ، فأجاب بأنه إن كانت الوظيفة فى مقابلة الخدمة ، فهى أجرة لابد للمتولى من إثبات الأداء بالبينة ، وإلا فهى صلة وعطية يقبل فى أدائها قول المتولى مع يمينه « وأفتى من بعده من المشايخ إلى هذا الزمان »

---

(١) ولم يكن أجرة خالصة ، لأن له شبها بالإعانة ، إذ أن الإمامة والأذان ونحوها من الشعائر الدينية من الأمور التى يستأجر المرء عليها ، لذلك كان مايؤخذ فى نظيرها ليس أجرة من كل الوجوه ، وإن كان له حكمها فى نظر أبى السعود العمادى .

وبعد أن نقل ابن عابدين أقوال المعترضين على فتوى أبى السعود هذه ، صرح أنه يختارها . ويرى العمل بها فى زمانه . ولذا قال : « قلت : تفصيل المولى أبى السعود فى غاية الحسن باعتبار التمثيل بالأجرة ، إذا استعمل الناظر رجلا فى عمارة يحتاج إلى البينة فى الدفع له ، فهى مثلها ، وقول العلماء محمول على الموقوف عليهم من الأولاد ، لأرباب الوظائف المشروط عليهم العمل ، ألا ترى أنهم إذا لم يعملوا لايستحقون الوظيفة ، فهى كالأجرة لامحالة ، وهو كأنه أجير ، فإذا اكتفينا بيمين الناظر ، يضيع عليه الأجر ، ولاسيما نظار هذا الزمان ، والله المستعان ، وهذا ماظهر لنا فى هذا الأوان على حسب الإمكان وبالله التوفيق ، وهو الهادى ، وعليه فى الأمور اعتمادى .

فابن عابدين إذن يرى أن الأحوال فى عصره توجب الأخذ بفتوى أبى السعود ، وأن له وجهة من الفقه ، وأنه نظر دقيق مستقيم ، ولكن إذا أخذنا به ، فادعى الناظر إعطاءه ذوى الوظائف ، فأنكروا ولابينة فمن أى جهة نعطيهم ، ومن الذى يضمن أجورهم ، قال بعض الفقهاء إن الناظر يضمن ، وهو ثمرة لفتوى أبى السعود ، ولكن قال ابن عابدين فى ذلك « أنه لاوجه لتضمين الناظر ، ولاوجه لاعتباره متعديا ، لأنه دفع حقا لمن يستحقه ، فأين التعدى إذا لم يشهد ! ! وإلا لزم أن يضمن أيضا فى مسألة استئجاره شخصا للبناء ، إذا دفع له الأجر بلا بينة »[1] ولذا يختار ابن عابدين أن يضمن الوقف ، وهو مااختاره صاحب الدر المختار ، إذ قال : « وأما إذا ادعى الصرف إلى وظائف المرتزقة ، فلا يقبل قوله فى حقهم ، لكن لايضمن ماأنكروه ، بل يدفع ثانية من مال الوقف » .

هذه خلاصة موجزة للأحكام التى ذكرها الفقهاء لمحاسبة النظار . وقد ذكروا أن المحاسبة إذا تمت على ذلك النحو لايجوز للمستحقين بعد إقرارها أن يطلبوا المحاسبة مرة ثانية ، إلا إذا جدت أمور أخرى غير الأمور

---

(١) راجع الدر المختار ورد المحتار ، والتزام التبرعات لأستاذنا المرحوم أحمد ابراهيم .

التى جرى الحساب عليها ، ولذا جاء فى تنقيح الحامدية : « سئل فيما إذا كان زيد متوليا على وقف بر ، وفى كل سنة يكتب مقبوضه ومصروفه بمعرفة القاضى بموجب دفتر ممضى بإمضائه ، والآن أخذ شخص التولية عن زيد ، ويكلف زيدا أن يحاسبه على مقبوضه ومصروفه فى المدة الماضية ثانيا ، فهل يعمل بدفاتر المحاسبة الممضاة المذكورة ؟ فأجاب : نعم يعمل بدفاتر المحاسبة الممضاة بإمضاء القضاة ، ولايكلف المحاسبة ثانيا » .

٣٢٢ ــ تلك هى أحكام الفقهاء لمحاسبة النظار ، وجلها قام على حسن الظن كما علمت ، وقد دفع إلى حسن الظن حرصهم على ترغيب الناس فى إدارة الأوقاف ، لعزوفهم عن إدارتها ، ولأنهم كانوا يظنون الخير فى المتولين لأمور الأوقاف ، ويغلبون رجاء الخير فيهم على توقع الشر منهم ، ومع أن العظات قد وعظتهم والحوادث قد أنبأتهم عن النظار ــ بغير مايعتقدون استمرت الأحكام الفقهية فى هذا الباب ، على أساس الثقة ، مع أن تلك الأحكام لم تقم على نص من كتاب أو سنة ، أو قياس صحيح على أمر منصوص بل قامت على حكمة لم تثبت والحكم الفقهية يجب أن تكون محكومة بالزمان ، ولايصح أن تستمر حاكمة على العصور ، فقد يحققها الزمان فيتحقق مابنى عليها ، وربما لايحققها الزمان فلا يتحقق مابنى عليها ، وقد قامت الأدلة تترى فى كل عصر على أن أحكام النظار ومحاسبتهم يجب ألا تقام على فرض حسن الثقة ، بل يجب أن تقام على أساس الاحتراس من الخيانة وتوقيها قبل وقوعها ، ومن الحكمة أن نتوقى الأدواء ، وليس من الكياسة أن نغمض العين ، حتى يستمكن المرض ، ثم نعمد إلى العلاج ، فقد يعجز الطبيب وقد يستعصى الداء ، وقد يتعذر الدواء ، ورحم الله الإمام مالكا ، فقد كان يقول : « تحدث للناس أقضية على نحو ماأحدثوا من أمور » وقد كان من النظار ماكان فى الأوقاف ومستحقيها ، فوجب أن يحدث لهم من الأقضية مايناسبها ويلائمها ويطب لأسقامها .

وإنا لنرى ألا يقبل من النظار شىء من الصرف للمستحقين ، أو غيرهم ، ممن له ولاية على مرافق الوقف ومصالحه إلا إذا كان معه مايثبته من أدلة لاريب فيها ، ولامجال للظن فى حجيتها ، ولامطعن لطاعن فى

قبولها ، سواء أكان الناظر معروفا بالأمانة أم غير معروف بها ، وسواء أكان مفسدا مبذرا أم مصلحا مقتصدا ، فإننا فى زمن يجب أن نعتصم فيه بسوء الظن ، ولايصح أن نتورط فيه بحسن الظن ، فلا يصح للقاضى أن يقبل من البراهين على صدق الحساب : إلا ماثبت بأدلة كتابية ، أو ماأيده الخبراء فى ادعاء العمارة ونحوها ، ولايصح الاكتفاء بالشهادة لأن الشهادات الآن أصبحت موضع التظنن ، وقد ضج الناس بالشكوى من شهود الزور ، وبهرجة كلامهم ، حتى لقد عدوه عيبا فى المحاكم الشرعية فى الماضى ، ولسنا فى مقام بيان أن الشريعة الإسلامية تعتمد الاستدلال بالخط والكتابة ، فإن ذلك مقام قد صار من البداهة بمكان عند كل من له إلمام بقواعد الفقه الإسلامى ومراميه ، وقد أفاض فى بيانه ابن القيم فى كتابه الطرق الحكمية ، كما أفاض فى بيانه الأستاذ الإمام محمد عبده فى تقريره عن المحاكم الشرعية ، وقد لخص كلام علية الفقهاء فى هذا المقام أستاذنا المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم في موضعه من كتابه القيم (**طرق القضاة**) فليرجع إليه ، فإن فيه الغناء ، ولذا نكتفى هنا بالإشارة إليه .

٣٢٣ ــ ومن أجل أن يسير النظار على نمط مستقيم بمقتضى النظر الفقهى السليم يجب ألاَّ ينفقوا شيئا فى الوقف ، أو يعطوا للمستحقين شيئا إلا إذا صحبه إقرار كتابى ممن يقوم بعمل فى الأعيان الموقوفة ، أو من المستحقين إن كان الصرف إليهم ، وإن ذلك فوق أن فيه احتياطاً للمحاسبة هو أمر أمر الله به الناس ، فان الله قد أمر الناس عند التداين بأن يملى المستدين إقرارا بالدين ، يكتب على أيدى شاهدى عدل ، والمقام هنا يشبه المداينة تماما ، فيطلب فيه ماطلبه الله فيها فى قوله تعالى ﴿ **يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى ، فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولايأب كاتب أن يكتب كما علمه الله ، فليكتب وليملل الذى عليه الحق . وليتق الله ربه ، ولا يبخس منه شيئا فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا ، أو لايستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل ، واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ، أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ، ولايأب الشهداء**

إذا مادعوا ، ولاتسئموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ، ذلكم أقسط عند الله ، وأقوم للشهادة ، وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم ، فليس عليكم جناح ألا تكتبوها ، وأشهدوا إذا تبايعتم ، ولايضار كاتب ولاشهيد ، وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم ، واتقوا الله ويعلمكم الله ، والله بكل شيء عليم * وإن كنتم على سفر ، ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة ، فإن أمن بعضكم بعضا ، فليؤد الذى اؤتمن أمانته ، وليتق الله ربه ، ولاتكتموا الشهادة ، ومن يكتمها فانه آثم قلبه ، والله بما تعملون عليم ﴾(١) . ولاشك أن هذه الآيات فى دلالتها على أحكامها معقولة المعنى ، قد شرعت لعلة ، وقد بينت هذه العلة بالنص ، فهى تستفاد من الألفاظ ، ولاتتلمس مما وراءها ، وتلك العلة هى أن الكتاب من طرق منع الارتياب والشك ومايؤديان إليه من الاختلاف ، ولذا قال تعالى : ﴿ **وأدنى ألا ترتابوا** ﴾ وأيضا فالكتابة طريق للإثبات الصحيح القويم الذى يقذف به على الباطل فيدمغه . ولذا قال تعالى : ﴿ **ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة** ﴾ ولاشك أن هذه المعانى تتحقق فى كتابة مصارف الوقف ، وغيرها مما يشبهها فيجب أن يكون حكمها كحكم المداينات ، وذلك ثابت بالقياس المنصوص على علته ، وإلحاق أمر لأمر قد بينت أسباب

---

(١) سورة البقرة ـــ الآيات ٢٨٢ ـــ ٢٨٣ وقد استنبط الظاهرية من هذه الآيات ، ومن أحاديث فى هذا الباب ، وجوب الكتابة فى الديوان ولو كانت صغيرة ، ووجوب الإشهاد فى البيوع ، ولو كانت المبيعات تافهة . ولذا يقول ابنَ حزم فى المحلى فى التعليق على هذه الآيات الكريمات « هذه أوامر مغلظة مؤكدة لاتحتمل تأويلا ، أمر بالكتاب فى المداينة إلى أجل مسمى ، وبالإشهاد فى ذلك فى التجارة المدارة كما أمر الشهداء ألا يأبوا أمرا مستويا ، فمن أين صار عند هؤلاء القوم أحد الأوامر فرضا ، والآخر هملا ، وأخبر تعالى أن الكاتب لايضار ، ولاشك فى أن امتناعه من الكتاب مضارة . وأن امتناع الشاهد من الشهادة فسوق . ثم أكد تعالى أشد تأكيد ، ونهانا أن نسأم كتاب ماأمرنا بكتابه صغيرا كان أو كبيرا وأخبر تعالى أن ذلك أقسط عند الله ، وأقوم للشهادة ، وأدنى من ألا نرتاب ، وأسقط الجناح فى ترك الكتاب دون الإشهاد فى التجارة المدارة ، ولم يسقط الجناح فى ترك الكتاب فيما كان دينا إلى أجل مسمى ، وبهذا جاءت السنة . عن مجاهد فى قوله تعالى . ﴿ **وأشهدوا إذا تبايعتم** ﴾ قال كان ابن عمر إذا باع بنسيئة كتب وأشهد ... وقال محمد بن جرير الطبرى لايحل لمسلم إذا بايع أو اشترى إلا أن يشهد وإلا كان مخالفا لكتاب الله عز وجل ، وهكذا إن كان إلى أجل فعليه أن يكتب ويشهد إذا وجد كاتبا وهو قول جابر وغيره »

شرعيته ، ولذا قال ابن القيم فى التعليق على هذه الآيات وحكمها : « هذا أصل عظيم ، فيجب أن يعرف ، وقد غلط فيه كثير من الناس ، فإن الله سبحانه وتعالى أمر بما يحفظ به الحق ، فلا يحتاج معه إلى يمين صاحبه ، وهو الكتاب والشهود ، لئلا يجحد الحق أو ينسى ، ويحتاج صاحبه إلى تذكير من لم يتذكر ، إما جحودا وإما نسيانا » .

وقال أبو بكر الرازى فى التعليق على هذه الآيات أيضا : « وآية الدَّيْن بما فيها من ذكر الاحتياط بالكتاب والشهود المرضيين والرهن تنبيه على موضع إصلاح الدين والدنيا معه . فأما فى الدنيا فصلاح ذات البين ، ونفى التنازع والاختلاف ، وفى التنازع والاختلاف فساد ذات البين ، وذهاب الدين والدنيا قال عز وجل : ﴿**ولاتنازعوا ، فتفشلوا وتذهب ريحكم**﴾[1]. وذلك المطلوب إذا علم أن عليه دينا وشهودا ، أو كتابا أو رهنا بما عليه وثيقة فى يد الطالب ، قل الخلاف ، علما منه أن خلافه وبخسه لحق الطالب لاينفعه ، بل يظهر كذبه بشهادة الشهود عليه ، وفيه وثيقة واحتياط للطالب ، وفى ذلك صلاح لهما جميعا فى دينهما ودنياهما ، لأن فى تركه بخس حق الطالب صلاح دينه ، وفى جحوده وبخسه ذهاب دينه إذا علم وجوبه ، وكذلك الطالب إذا كانت له بينة وشهود أثبتوا ماله ، وإذا لم تكن بينة وجحد المطلوب حمله ذلك على مقابلته بمثله والمبالغة فى كيده ، حتى ربما لايرضى بمقدار حقه ، دون الإضرار فى إضعافه متى أمكنه ، وذلك معلوم من أحوال عامة الناس » .

وترى من كلام هذين الفقيهين أنهما يريان أن الآيات معقولة المعنى ، شرعت أحكامها لعلة ، فتعم تلك الأحكام كل ماتحقق فيه هذه العلة ، وتلك

---

(١) سورة الأنفال ، الآية ٤٦ .

العلة كما ذكرنا هي منع الارتياب أو تقليله ، وكون الكتابة أقوم إلى تحقيق العدالة ، ولاشك أن ناظر الوقف إذا كتب موارد الوقف موردا موردا ، وأبوابه بابا بابا ، ودون فى سجل محفوظ لديه ، وأخذ الإقرارات الواجبة فى أوقاتها ، وأشهد على ذلك إن أمكنته الفرص والأحوال ، كان ذلك أمنع للريب ، وأدنى إلى الطمأنينة ، وكذلك إن أثبت مصارف الوقف مصرفا مصرفا ، ودوّن ذلك فى سجله ، وأخذ الإقرارات فى إبانها ، وأشهد المستحقين بعضهم على بعض ، كان ذلك أقطع للخلاف ، وأقرب للثقة ، ومانعا لكل ريب أو شك ، وفى الأثر «دع مايريبك إلى مالا يريبك» فواجب إذن على النظار أن يقيدوا كل شىء مما يتعلق بموارد الوقف ومصارفها فى سجل ، وعلى القضاء تطبيقا لهذا أن يحمل النظار على ذلك بألا يقبل منهم فى البيان والحساب إلا ماأخذت به إقرارات ذوى الشأن ، ومن اتصلوا بالوقف اتصال عمل أو إنفاق .

٣٢٤ — قد علم القارىء مما أسلفنا أن حساب النظار كان لايسير فى نظام زمنى مستقر بحيث يحاسبون كل سنتين مثلا ، بل لايحاسبون إلا عند الطعن فى أمانتهم ، وطلب عزلهم لخيانتهم . أو عند طلبهم تقدير أجر لهم ، أو طلبهم الإذن بالاستدانة ، أو الاستبدال أو إعطاء حق القرار لمن يبنى فى الأرض ، أو يغرس فيها ، أو نحو ذلك من كل استئذان يستدعى العلم بالنظام المالى للوقف فى دخله وخرجه . وإن عدم جعل المحاسبة فى أدوار زمنية ، ومواعيد مقررة فى كل عام قد أدى إلى ضياع أموال الأوقاف وصيرورتها للنظار ، فأوغلوا فى الفساد ، وتمادوا فى الإهمال ، واضطربت الشئون ، وركبوا متن الشطط ، وحرموا المستحقين من حقوقهم ، واستغلوا ضعف هؤلاء استغلالا ظالما ، إذ اضطروهم إلى الرضا بما يتساقط من موائدهم ، ومايفضل بعد أن يشبعوا شهواتهم ، وإذا تمردوا ، وهموا بشكواهم منعوا عنهم الفضل الذى يتخذون منه قوام رزقهم ، فاضطروا تحت سلطان الفاقة والحاجة الملحة إلى الاستخذاء لتصرفاتهم ، والخضوع لسلطانهم ، والرضا بالقدر الذى يلقونه إليهم ، وإن أنغضوا رءوسهم ، وامتنعوا عن الخضوع ، وتقدموا للمخاصمات وجدوا أمامهم فى الخصومة

النظار أقوياء بالمال ونفقات التقاضى من أجور الوكلاء ، ورسوم المقاضاة ومشقة البحث هنا وهناك ، وقد يكون الاستحقاق لنساء ضعيفات لاحول لهن ولاطول ، فيقعن فريسة للقادرين من ذويهن ، فيسلبونهن مابقى لديهن من عتاد ، ومال ، وإذا وصل المستحقون إلى مايرغبون وابتدأت المحكمة فى المحاسبة ، لايكون ذلك إلا بعد أن يكون النظار قد ملئوا بطونهم ، واحتازوا أموال الأوقاف ، وعفت آثار الجريمة ، ودلائل الخيانة ، فيتعذر تعرف الحق وسط غياهب الباطل ، ومايثار من الغبار ، لتعشى الأعين ، فلا ترى دلائل الإفساد ، ومظاهر الاختلاس ، وقد يصطنع بعض المستحقين بالترغيب ، ليتخذ منهم حجة على أولئك الذين لم يؤثر فيهم الترهيب ، وماكان علاج لذلك الداء الدوى إلا جعل الحساب فى مواعيد مقررة ثابتة كل عام ، وأن يوضع للمحاسبة نظام يشبه ماكان عليه نظام المجالس الحسبية فى رقابتها على الأوصياء ، ومراعاتها لحقوق اليتامى ، وإن ذلك فوق أنه يحفظ الحقوق يقضى على أسباب النزاع ، ويسد باباً من أبواب الخصومات ، ويضمن إلى حد ما تنفيذ شروط الواقفين ، وتحقيق الأغراض السامية التى تنطوى عليها بعض تلك الشروط .

٣٢٥ ــ ولقد همت الحكومة حوالى سنة ١٩٣٢ م بوضع قانون لمحاسبة النظار ووضعت مشروعه إذ ذاك وزارة الأوقاف على أن تكون المحاسبة أمامها ، ثم اتجهت أذهان القضاة الشرعيين حينذاك ــ عندما طلب إليهم أن يدلوا بآرائهم فى إصلاح الوقف ــ إلى أن تكون المحاسبة أمام المحاكم الشرعية ، لاأمام وزارة الأوقاف ، ولقد اقترح بعضهم ذلك المشروع الذى نوهنا إليه فى أول بحثنا ، وكان حسنا فعل هؤلاء القضاة ، بل كان لازما جد لازم ماارتأوه ، فإن وزارة الأوقاف ماكانت إذ ذاك بمستطيعة أن تقوم بما هو من عملها ، ومن ألزم مانشأت لأجله ، وإذا كانت عاجزة عن القيام بشئونها فى ذلك الوقت ، فكيف يزاد عليها أعمال أخرى ، وقد نقدنا ذلك المشروع الذى تقدم به القضاء ، ووجه النقد هو فى أنهم استثنوا من أحكام المحاسبة التى نص عليها مشروعهم وزارة الأوقاف ، إذ جاء فى المادة العاشرة من ذلك المشروع : « لاتسرى أحكام هذه المواد

على الأوقاف التى تديرها وزارة الأوقاف ، والخاصة الملكية والأوقاف التى انحصر فيها النظر والاستحقاق لشخص بعينه ، أو أشخاص معينين » فإن استثناء وزارة الأوقاف من المحاسبة وغيرها أمر موضع نظر ، وخصوصا بعد أن كان قد ظهر ماظهر فى تلك الوزارة وغيرها مما ضج الناس بالشكوى منه فى ذلك الإبان ، وماجعل الحكومة تنشىء اللجان ، وتغير وتبدل فى الأعضاء لرتق الفتق ، ولسد الثلمة ، ولرفع المظالم ، فكان حقا على كل واضع مشروع أن يجعل للقضاء رقابة على تصرفات الوزارة ، ليعين الحكومة على إصلاحها فى ذلك الوقت ، وليكون منه مرشد دائم إلى موضع الداء ، حتى يجتث من جذوره ، ويقتلع من أصله ، ويعرف القائمون وغيرهم مواضع الضعف ومكامن دائها ، والعش الذى يدرج فيه الشر .

وفوق ذلك ليس من الحق والعدل أن نحرم المستحقين فى وزارة الأوقاف مما كان يتمتع به المستحقون الذين ليسوا تحت رعايتها ، ولم يستظلوا بظلها ، فإذا تمتع هؤلاء بحق القضاء فى محاسبة النظار الذين تولوا أوقافهم ، فمن حق المستحقين فى أوقاف الوزارة أن ينتفعوا بذلك ، وقد أثبتت الحوادث القارعة فى الماضى أن تصرفات الوزارة وغيرها لم تقل خطلا وفساد مغبة عن تصرفات النظار ، وإن كان كبار القائمين بشئونها يتوافر فيهم حسن المقصد ، وشرف الغاية ، وحب الإصلاح ، فإن الأعوان قد ساءوا سبيلا . فكان على القضاء أن يعين الذين يشرفون على أعمال الوزارة على إصلاح أعوانهم ، ووضع أيديهم على عيوبهم ، ليتقوا سوء العقبى .

ولم يكن استثناء وزارة الأوقاف وغيرها من الجهات هو موضع النقد وحده ، بل كان من مواضع النقد فى ذلك المشروع استثناء من انحصر فيه الاستحقاق والنظر من أحكام المحاسبة ، وعدم تقييده بقيودها ، فإن الوقف يجب أن يلاحظ فيه حق الأجيال المقبلة التى تستحق فيه ، ومن الحق علينا الأ نسلمه إليهم إلا صالحا للاستغلال ، قابلا للنماء يدر عليهم ماينفعهم ، وقد يجر ترك محاسبة من انحصر فيه النظر والاستحقاق إلى ترك عمارته وإصلاحه فيجف معين الغلة فيه فى المستقبل ، وتضيع فيه حقوق الذين يلونه فى الاستحقاق ، لذا وجب أن يحاسب أولئك النظار على العمارة

والإصلاح ومقدار مايحفظونه له من الغلات كل عام ، نعم إن حساب هؤلاء لايصح أن يكون عسيرا ، ولا أن يكون فى درجة حساب النظار الذين لم ينحصر فيهم الاستحقاق ، بيد أنه يجب أن يكون لهم حساب على أية حال ، والله ولى التدبير .

٣٢٦ — وليس جعل الحساب منظما دوريا يكون فى كل عام ، على سنة متبعة ، وطريقة مفروضة بدعا فى الفقه الإسلامى ، ولابديئا فيه من كل الوجوه ، فقد جاء فى كتب الحنابلة مايفيد أن للإمام أن ينشىء ديوانا خاصا لمحاسبة النظار كل عام ، إذ جاء فى (كشف القناع) مانصه : « ولولى الأمر أن ينصب ديوانا مستوفيا لحساب أموال الأوقاف عند المصلحة كما له أن ينصب دواوين لحساب الأموال السلطانية ، كالفىء وغيره ، مما يئول إلى بيت المال من تركات ونحوها ، ولولى الأمر أن يفرض للمستوفى على حساب أموال الأوقاف على عمله مايستحق مثله من مال يعمل فيه بمقدار ذلك المال الذى يعمل فيه ، وإذا قام المستوفى بما عليه من العمل استحق مافرض له ، وإن لم يقم به لم يستحقه ، ولم يجز له أخذه ، ولايعمل بالدفتر الممضى منه ، المعروف فى زمننا بالمحاسبات ، فى منع مستحق ونحوه ، إذا كان بمجرد إملاء الناظر والكاتب ، على ماعتيد فى هذه الأزمنة » ومن هذا النص نستنبط أن ولى الأمر له أن ينشىء ديوانا لمحاسبة النظار ، واستيفاء البيان بما تحت أيديهم من أموال الأوقاف ، ليعرف التفصيل عن مواردها ، أو وجوه الإنفاق فيها ، والتثبت من تنفيذ شروط الواقفين ، وكنا نرى أنه يجب أن تضاف أعمال ذلك الديوان إلى القاضى الشرعى فى إبان وجوده ، لأنه كان السلطة المختصة بتعرف السائغ والممنوع من تصرفات النظار ، من حيث تنفيذ الشروط فيها وانطباقها على مرامى الشرع ومقاصده ، ووجوه المصلحة فيها ، وبالتالى هو الذى يعرف ماللناظر من حق شرعى ، ومانيط به من واجب عليه بمقتضى أحكام الشريعة أداؤه ، ولأن كل تحقيق له جزاء يجب أن يسند إلى السلطة القضائية ، ولاشك أن المحاسبة تحقق لها جزاء مادى وأدبى ، إذ قد تنتج تعويضا وغرما ، وقد تنتج كفا وعزلا ، وكلاهما عقوبة مادية ومعنوية معا .

صفة ناظر الوقف

٣٢٧ — ناظر الوقف أمين على ماتحت يده من أموال الوقف ، سواء أكانت تلك الأموال بدل أعيان الوقف ، أم كانت مدخرا من الغلات للعمارة أو الإصلاح ، أم كانت مالا للمستحقين لم يوزعه عليهم ، لعدم مجيء وقت التوزيع ، فيده على هذا كله يد أمانة ، لايد ضمان ، ولذا إذا هلك شيء منه من غير تعديه ، ومع عدم تقصيره فى الحفظ ، فلا يضمن إذن ماهلك بآفة سماوية ، أو بأمر ليس فى مقدوره دفعه ، ولا الاحتياط له ، ولكن إذا كان الهالك غلات للمستحقين قد طلبوها منه ، فامتنع عن دفعها إليهم بغير مسوغ شرعى ، ثم هلكت بعد ذلك فإنه يضمن ، لأن يده فى هذه الحالة ليست يدا أمينة ، بل يد معتدية ضامنة ، كذلك يضمن إذا كان الهلاك بتعديه أو لتقصيره فى الحفظ ، لأنه أمين يأخذ أجرا على الحفظ ، فواجب عليه ألا يقصر فيه ، فإذا قصر ضمن ، ويضمن أيضا إذا تصرف تصرفا ترتب عليه ضرر بالوقف ، كأن يعطى الغلات للمستحقين ، والوقف يحتاج إلى عمارة ، أو عليه دين قد وجب أداؤه ، وفى الجملة يضمن بتعديه وتقصيره فى الحفظ ، وفى كل تصرف لايجوز له ، ويترتب عليه غرم مالى للوقف .

وإذا مات وتحت يده أموال للوقف لم يعرف شيء من أمرها ، أأنفقها فى وجوهها ، أم أنفقها فى غير وجوهها ، أم خلطها بماله خلطا لايمكن معه التمييز ، (ويسمى فى هذه الحالة مجهلا) فالحكم أنه يضمن شيئين بلا خلاف :

أحدهما : غلات الوقف التى يستحقها المستحقون ، وقد طالبوه بها ، ولم يؤدها لهم ، وامتنع بغير وجه شرعى ، لأن يده فى هذه الحالة ليست أمينة ، فيضمن ، وإذا كان يضمن فى هذه الحالة إذا هلكت ، ولو كان الهلاك بأمر ليس فى مقدوره دفعه ، فبالأولى أن يضمن إذا لم تعلم من بين ماله ، ولا إلى أين ذهبت ، وفى أى مصرف أنفقها .

(**ثانيهما**) مال البدل الذى تحت يده (كأن يكون قد باع عينا من أعيان الوقف ليستبدل بها غيرها فمات ولم يعلم ماثمنها) فإنه يضمنه لأن

الأصل فى الأمين أنه إذا مات مجهلا ضمن ، لأن التجهيل استهلاك ، اللهم إلا إذا كان للأمين حق التصرف فى الأمانة فلا يضمن ، إذ عساه يكون قد أنفقها فى بعض الوجوه الجائزة له ، ولما كان مال البدل ليس له إلا وجه واحد ، وهو أن يشترى به وقفا يحل محل الأول ، ولو كان قد اشترى ذلك البدل ، لكان معلوما بيقين ، فموته مجهلا إذن قرينة على أنه لم يشتر بمال البدل مايكون بدلا ، فعليه الضمان لأنه لم يبق إلا أنه استهلكه بذلك التجهيل .

وإذا لم يكن ماتحت يد الناظر غلات للمستحقين قد طالبوه فامتنع ، من غير مسوغ ، ولم يكن مال بدل قد حفظ ليشترى به مايحل محل الوقف أو بعضه — فقد اختلفت الأقوال ، فقال الأكثرون من فقهاء الحنفية إنه لايضمن لجواز أن يكون قد أنفق المال الذى تحت يده فى وجوه سائغة له شرعا ، ولاضمان على الأمين إلا إذا ثبت يقينا منه التعدى أو التقصير ، ولايثبت التعدى مع ذلك الجواز الذى ذكرنا ، وقال الطرسوسى : إنه إذا كان معروفا بالأمانة يضمن ، وإذا كان متهما أو غير معروف بها لايضمن ، ولذا جاء فى أنفع الوسائل مانصه : « الذى أقوله أن يكون التفصيل فيها ، أنه إن حصل طلب المستحقين منه المال وأخر ، ثم مات مجهلا يضمن ، وإن لم يحصل طلب منه ومات مجهلا ، فينبغى أن يقال أيضا ، إن كان محمودا بين الناس ، معروفا بالديانة والأمانة ، فلا ضمان عليه ، وإن لم يكن كذلك ، ومضى زمن ، والمال فى يده ولم يفرقه ، ولم يمنعه من ذلك مانع شرعى أنه يضمن ، والله أعلم » .

وقال قاضيخان : إذا كانت الغلات للإنفاق على المسجد ونحوه ، فلايضمن ، لتعدد أوجه الإنفاق ، وعساه يكون قد أنفق فى أحدها ، من غير إعلام ، وإذا كانت الغلات لمستحقين معينين فهو ضامن ، لأنه ليس هناك إلا وجه واحد ، وهو إعطاؤها لأصحابها ، ولم يعطها بيقين ، فهو ضامن ككل الأمناء إذا ماتوا مجهلين ، ولقد جاء فى العقود الدرية : « ينبغى أن يلحق بغلة المسجد ماإذا شرط ترك شىء فى يد الناظر للعمارة والله أعلم » .

وقيد بعض الفقهاء الضمان للمستحقين بعدم الموت فجأة ، أما إن مات فجأة فلا يضمن ، لعدم تمكنه من البيان .

ومن هذا كله علمت إجماع الفقهاء على أن يده يد أمانة ، وأنه أمين على ماتحت يده من أموال الوقف ، غلات وغيرها .

٣٢٨ — هذا مايتعلق بصفته من حيث مابيده من أموال يجب عليه المحافظة عليها ، وليس أصيلا فيها ، فمحمد يرى أنه نائب عن الفقراء والمستحقين ، لأنه يقام للنظر فى مصالحهم ، والتحدث فى شئونهم ، سواء أكان مولى من قبل الواقف أم كان مولى من قبل القاضى ، وسواء أكان فى حياة الواقف أم بعد وفاته ، ومثله فى ذلك مثل من يقام للمخاصمة عن الغائب ، أو لحفظ أمواله ورعايتها ، فهو يتصرف ويتكلم فيما هو من مصلحته ، ويعتبر قائما مقامه فى ذلك التصرف ، وإن لم يكن مقاما من قبله ، ومختارا منه ، وكذلك حال ناظر الوقف بالنسبة للفقراء وسائر المستحقين ، وكل جهات الوقف عند الإمام محمد رضى الله عنه ، يتصرف فى مصلحة الوقف عنهم ، وإن لم يختاروه ويقيموه .

وعند أبى يوسف هو نائب عمن أقامه ، فإن أقامه القاضى فهو وكيل عنه ، ولذا كان له أن يعزله القاضى الذى ولاه ، ولو لم يكن هناك سبب ، ولكن وكالته عن القاضى ليست وكالة خالصة ، لأن تعيين القاضى له فى معنى الحكم ، كما هو فى معنى الوكالة ، ولذا لم يعزل إذا عزل القاضى الذى ولاه ، أما إذا كان مولى من قبل الواقف فى حياته ، فهو عند أبى يوسف وكيل عن الواقف ، له كل أحكام الوكلاء ، فله عزله فى أى وقت شاء ، وعن أى تصرف أراد ، وينعزل بموت الواقف ، كما يعزل بعزله نفسه بشرط أن يعلم الواقف ، وفى الجملة له كل أحكام الوكيل مادامت ولايته مقصورة على حياة الواقف ، وأما إن كانت ولايته فى حياة الواقف وبعد وفاته ، أو بعد وفاته فقط ، فهو فى تصرفاته بعد وفاة الواقف وصى للواقف ، له حكم الأوصياء بالنسبة لأموال الوقف ، ولذا إذا قال الواقف لرجل أنت وصى عنى بعد وفاتى كان وصيا على يتاماه ووليا على وقفه ، وإن لم يذكر

من أمر الوقف شيئا ، وانظر إلى ماقاله صاحب الإسعاف فى شأن تعيين المتولى ، يتبين لك منه أنه وصي ، فقد جاء فيه : « ولو كان له وقف فجعل عند مرضه رجلا وصيا ، ولم يذكر من أمر الوقف شيئا ، تكون ولايته إلى الوصى ، ولو قال أنت وصيى فى أمر الوقف ، قال هلال : هو وصى فى الوقوف فقط على قولنا وقول أبى يوسف ، وعلى قول أبي حنيفة هو وصى فى الأشياء كلها ، وجعل قاضيخان أبا يوسف مع أبى حنيفة ، فكان عنه روايتان ، ولو جعل ولايته إلى رجلين بعد موته ، وأوصى أحدهما إلى الآخر فى أمر الوقف . ومات جاز له التصرف فى أمره كله بمفرده ، وروى يوسف ابن خالد السمتى عن أبى حنيفة أنه لايجوز ، لأن الواقف لم يرض إلا برأيهما ، ولم يرض برأى أحدهما ، وعلى قياس قول أبى يوسف ينبغى أن يجوز انفراد كل منهما بالتصرف ، وإن لم يوص به إلى صاحبه ، كما لو أوصى إلى رجلين ، فإنه يجوز انفراد كل منهما بالتصرف عنده . وكل هذه من أحكام الأوصياء ، والناظر المولى من قبل الواقف بعد وفاته له أن يوصى لغيره فى أى وقت شاء فى الصحة أو فى المرض ، ويكون إيصاؤه لازما من بعد وفاته مالم يكن تنفيذه مخالفة لشرط الواقف فى الولاية ، كأن يعين الواقف الناظر الذى يعقبه بالشخص أو بالوصف ، وماكان للناظر حق إلا لأنه وصى مختار ، إذ الوصى المختار له حق الإيصاء لغيره ، وهذا كله يدل على أن له كل الأوصاف الشرعية التى أعطاها الفقهاء للوصى عند أبى يوسف .

٣٢٩ — مما سبق كله علمت أن يد الناظر يد أمانة ، وأنها يد نائبة فى التصرفات ، وليست يد أصيل من كل الوجوه ، فإذا خان الأمانة ، وأساء التصرف قاصدا الإساءة ، وغمط الحقوق ، وانتقلت يده من يد مصلحة إلى يد مدمرة ، حق عليه الغرم ، ووجب عليه التعويض ولامانع من أن توضع زواجر رادعة للنظار الخائنين ليكونوا عبرة لغيرهم ، وتذكرة بالحق الواجب لمن يكون مظنة الوقوع فيما وقعوا فيه ، وارتكاب مثل ماارتكبوا ، وقد كان بعض القضاة فى الأزمنة السابقة يستخدمون السوط فى زجر النظار ، وقد سقنا فيما أسلفنا من القول الحديث عن أبى الطاهر عبد الملك بن محمد

الحزمى الذى ولى قضاء مصر سنة ١٧٣ هـ « إذ كان يتفقد الأحباس بنفسه ثلاثة أيام فى كل شهر ، يأمر بمرمتها وإصلاحها وكنس ترابها ، ومعه طائفة من عماله عليها ، فإن رأى خللا فى شىء منها ضرب المتولى عشر جلدات » ، وقد كان ذلك من باب التعزير الذى أعطاه ولى الأمر القضاة فيما مضى ، لم يبق فى يد القاضى الذى كان يتولى شئون الأوقاف سلطة العقاب إلا فى أحوال محدودة ، وأصبح حق العقاب لغيره ، فقد أخذ السوط منه ، وأصبحنا لانرجع فى وضع زواجر للنظار إليه ، ولم تكن حماية للمستحقين بالردع عنده ، فهل فى القوانين الحاضرة مايجعل الخائنين من النظار تحت ردع قاهر ، ويمكن القضاء من أن يرتب على جرائمهم عقوبات صارمة ؟

ولم يكن فى قانون العقوبات المصرى نص صريح قاطع يعاقب بمقتضاه نظار الأوقاف ، ولكن كان فيه المادة ٢٩٦ فى قانون العقوبات القديم يدخل بتوسعة فى فهمها ناظر الوقف فى عموم من تنطبق عليهم عقوبتها ، كما اختار بعض الشراح وبعض المحاكم ، وقبل أن نبين مقدار قوة هذا الرأى ننقل إليك نص هذه المادة ، وبعض ماقاله أهل الخبرة فى شرحها ، وهذا نص المادة : « كل من اختلس ، أو استعمل ، أو بدد مبالغ أو أمتعة أو بضائع ، أو نقودا ، أو تذاكر ، أو كتابات أخرى مشتملة على تملك أو مخالصة ، أو غير ذلك إضرارا بمالكيها أو أصحابها ، أو واضعى اليد عليها ، وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم إليه إلا على وجه الوديعة ، أو الإجارة أو على سبيل عارية الاستعمال ، أو الرهن ، أو كانت سلمت إليه بصفة كونه وكيلا بأجرة أو مجانا ، بقصد عرضها للبيع ، أو بيعها ، أو استعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره يحكم عليه بالحبس ، ويجوز أن يزاد عليه غرامة لاتتجاوز مائة جنيه مصرى » .

وقد ذكر الأستاذ المرحوم أحمد أمين فى شرحه لقانون العقوبات أن أركان الجريمة التى تبينها هذه المادة خمسة ، هى :

(١) حصول اختلاس ، أو استعمال ، أو تبديد .

(٢) حلول الضرر بالمجنى عليه .

(٣) أن يكون الاختلاس أو الاستعمال أو التبديد واقعا على متاع أو منقول .
(٤) أن يكون المنقول قد سلم إلى الجاني بمقتضى عقد من العقود التي نصت عليها المادة وهي الوديعة والإجارة وعارية الاستعمال ، والرهن والوكالة .
(٥) القصد الجنائي [1] .

وبتطبيق هذه الأركان على ناظر الوقف الذى يبدد الغلات ، وينفقها فى مصالحه ، ويتصرف فيها على أنها ملك له نرى أنها تنطبق على ماتصرفه ماعدا الركن الرابع ، ولكن الشراح قد توسعوا فى تفسيره توسعا جعل المادة تظل ناظر الوقف المبدد ، وتحيط به كل جانب ، فلم يشترطوا فى التسليم أن يكون من المجنى عليه « بل يكفى أن الجانى قد تسلم الشيء ، ولو من شخص آخر ليحفظه على ذمة المجنى عليه ، أو ليستعمله فى أمر معين لمنفعة المجنى عليه ، فالوكيل الذى يقبض أجور الأطيان ليحفظها لحساب موكله يعاقب بمقتضى المادة ٢٩٦ ع إذا بدد هذه الأموال » [2] . ولم تقف المحاكم والشراح عند حد العقود المنصوص عليها ، بل أدخلوا فى عمومها كل مايشبهها فى معناها ، وقاسوا عليها كل ماشترك معها فى خواصها وصفاتها ، ولذا توسعوا فى معنى الوكالة ، فجعلوها تشمل كل مايدخل فى معناها فى القانون المدنى ، فيجوز أن يكون الوكيل وكيلا بمقتضى عقد ، أو بحكم القانون ، أو بمقتضى حكم ، أو أمر قضائى ، ويصح أن تكون الوكالة صريحة أو ضمنية » [3] . ولهذا أدخل الأستاذ المرحوم أحمد أمين الوصى وناظر الوقف ، فى حكم المادة فجاء فى شرحه مانصه : « يدخل فى حكم المادة ٢٩٦ الشخص الذى نصب وصيا على قُصَّر ، سواء أكان وصيا مختارا ، أم كان معينا من المحاكم ، كما يدخل فى ذلك القيم على المحجور عليه ، ووكل الغائب وناظر الوقف ، والحارس القضائى الذى تعينه المحكمة لإدارة أموال متنازع عليها » .

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم الخاص ٧٧٧ .
(٢) أحمد أمين .
(٣) نقض ٢٢ مارس سنة ١٩١٣ م .

٣٣٠ — ونرى فى هذا كله أن شراح القانون لم يأخذوا بظاهر المادة ، بل نظروا إلى معناها ، وقاسوا على ماتدل عليه ظواهر نصوصها ، كل مايتحقق فيه معناها ولبها ، ولذا أدخلوا بحق فى عمومها الوصى على القاصر والقيم على المحجور عليه ، وناظر الوقف ، غير أن المحاكم فيما يظهر كانت قد تطابقت كلمتها على إدخال الوصى ، واختلفت أحكامها فى ناظر الوقف فكانت أحكام محكمة النقض تجىء تترى تدخل الوصى فى حكم المادة ٢٩٦ وتقول إحدى دوائرها فى أسباب حكمها « إنه ليس من المعقول أن يؤاخذ وكيل الراشد بما يبدده الراشد من المال ، مع قدرة صاحب المال على حمايته منه ، ويترك وصى القاصر إذا خان مع ضعف القاصر . وقد نصت المادة ٤٤٣ من كتاب الأحوال الشخصية على أن للقاضى عزل الوصى المختار إذا لم تتوافر فيه شروط الأمانة ، وليس فى الشريعة مايخليه من العقوبة إذا خان ، وأن الوصى المعين من قبل المجلس الحسبى يعتبر فى القوانين الوضعية من الوكلاء الذين ينطبق عليهم نص المادة ٢٩٦ ع » . وذلك كله حق لاريب فيه ، وقد أحسنت المحكمة صنعا ، إذ بينت أن وصى القاصر أحق بالعقاب من وكيل الراشد ، وبذلك بينت أن حكم المادة ٢٩٦ إن لم يشمل الأوصياء بدلالة الألفاظ ، فقد شملهم بحكم معناها أو على حد تعبير علماء أصول الفقه بدلالة الأولى ، أو بالقياس الجلى [1] . ومن الحق أن نقول أن ذلك النوع من الفهم يمكن أن يستخدم فى تطبيق المادة على ناظر الوقف ، فإن ناظر الوقف كان يتصرف فى أموال مستحقين ، هم فى الغالب من الضعفاء الذين لاحول لهم ولاطول ، وقد يكون الوقف على جهة بر ، يجب على الشارع حمايتها ، إذ لاحامى لها سواه ، ولاراعى لها غيره ، وإذا كان للمال صاحب يحميه ، فتلك قد فقدت الحامى الخاص ، وليس لها إلا الحامى العام ، وإذا كانت هناك عقوبة ترقب من يبدد المال الخاص ، فبالأولى تكون تلك العقوبة لمن يبدد أموال

---

(١) دلالة الأولى أو القياس الجلى وقد يعبر عنها بدلالة النص ، وهى الدلالة التى تثبت من المعنى لامن اللفظ ، وتكون واضحة بحيث يفهمها كل من يعرف اللغة ، كأن يفهم النهى عن ضرب الوالدين من قوله تعالى ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ .

الأوقاف ، ومن جهة أخرى فناظر الوقف كما بينًا وكيل أو وصى فلا يصح أن يعفى من عقوبة المادة ٢٩٦ إذا تحققت فيه بقية أركانها ، وهى متحققة لامحالة إذا بدد الغلات ، أو تصرف فيها تصرف الملاك ، هذه حقائق نراها واضحة .

٣٩١ — ولكن محكمة النقض والإبرام صدر عنها حكم فى ٧ يونية سنة ١٩٢٦ م بغير ذلك ، وقد جاء فى أسبابه مانصه :

« وحيث إن المادة ٢٩٦ من قانون العقوبات ذكرت من بين الأشخاص الذين تجب معاقبتهم الوكلاء إذا اختلسوا الأموال التى يتسلمونها بمقتضى صفتهم هذه ، وحيث إنه لمعرفة ماإذا كان ناظر الوقف تنطبق عليه صفة الوكيل أم لا ، يتعين الرجوع إلى أحكام الشريعة السمحة فى هذا الصدد ، وحيث إنه بالرجوع الى أحكام الشريعة يتضح من مجموعها وجود فروق بين ناظر الوقف والوكيل ، منهاأن الأول لايملك عزل نفسه ، أما الثانى فله أن يعزل نفسه متى شاء ، ومنها أن الأول له أن يوكل متى أراد فى إدارة شئون الوقف ، أما الثانى فلا يملك أن يوكل عنه أحدا ، إلا إذا كان مصرحا له بذلك فى صك وكالته ، ومنها أن الواقف إذا عين ناظرا على جزء من وقفه ولم يعين ناظرا على الباقى وتوفى يصبح الناظر المذكور ناظرا على جميع الوقف ، أما الوكيل فلا تتعدى وكالته مابين فى عقد وكالته ، إلى غير ذلك من الأحوال التى يستنتج منها بجلاء أنه لايمكن اعتبار ناظر الوقف بمثابة الوكيل ، ومعاملته بهذه الصفة جنائيا ، وإنما تكون مسئوليته فى إدارة شئون الوقف مدنية محضة » .

ومن تلك الأسباب نرى ان الهيئة المحترمة التى أصدرت ذلك الحكم تبنى منع تطبيق المادة ٢٩٦ على ناظر الوقف المختلس المبدد على الخواص الشرعية التى أعطتها الشريعة الإسلامية السمحة لناظر الوقف ، ولم تعطها للوكيل ، فهما إذن مفترقان فى الخواص الشرعية ، فيفترقان فى الأحكام المبنية عليها ، وأن فيما ذكرته من فروق — مناقشة فى إثبات أصله ، وعلى فرض وجوده لاينبنى عليه امتناع تطبيق تلك المادة ، أعنى أن هذه الفروق

على فرض تسليمها لاتنتج المطلوب ، لأن شرط الإنتاج (على حد تعبير المناطقة) وهو التلازم بين المقدمة والنتيجة غير متوافر ، وهذا إجمالي نفصله في ذلك البيان :

(أ) قد ذكرت الهيئة المحترمة أن ناظر الوقف لايملك عزل نفسه ، وأن له أن يوكل من شاء في أي وقت شاء من غير حاجة إلى نص على ذلك ، وأن ناظر الوقف إذا عين على جزء كان ناظرا على الوقف مالم يرد نص صريح بالمنع ، وهذه أحكام لاتوجد في الوكيل ، فكانت هذه فروقا مانعة من أن يعطى الناظر حكم الوكيل في تطبيق تلك المادة عليه ، ونحن نخالف الهيئة المحترمة في الفرق الأول ، فإن ناظر الوقف يملك عزل نفسه في أي وقت ، كما استبان لك مما قررنا في أحكام التفويض ، فإن له أن يفرغ نفسه ، ولكن لاينعزل الناظر المولى من قبل القاضي ، أو المولى من قبل الواقف بعد وفاته ، إلا إذا أقر القاضي ذلك التفريغ ، وكان هذا حرصا على مصلحة الأوقاف ، إذ لو اعتبرناه معزولا عن كل تصرف بمجرد قوله ذلك — لكانت إدارة الوقف شاغرة في الوقت الذي يكون بين عزل الناظر نفسه ، وتعيين الناظر الجديد ، وفي ذلك إضرار بالوقف وضياع له ، وحق العزل مع القيد ، لايمنع أن الناظر يثبت له ذلك الحق ، وأن أصله مقرر معتبر ، غير أنه مقيد بقيود منعا للضرر والضياع ، وذلك له نظير في الوكالة ، فالوكيل بالخصومة له حق عزل نفسه ، ولكن ذلك الحق مقيد بقيود لمنع الضرر بالموكل ، حتى لايترتب على العزل ضرر بسببه ، ماكان يتوقعه ، والمحامي المندوب ، وهو وكيل مقام قد يصيبه غرم بقضاء إن عزل نفسه ، ومن تلك الأمثال والأشباه نرى أن تقييد حق العزل لايأتي على أصله بالنقض ، فحق الناظر في عزل نفسه ثابت له ، وإن كان مقيدا بقيود ، قوامها منع الإضرار عن الأحباس .

(ب) أما الفرق الثاني ، وهو كون الناظر له أن يوكل فيما عهد إليه من إدارة الوقف من غير نص على ذلك ، فنقول إن ذلك لايخرج يد الناظر عن كونها يدا نائبة ، لايدا أصيلة ، وأن ذلك الحق كان للناظر لطبيعة العمل الذي عهد إليه ، إذا كانت إدارة الوقف متشبعة خصوصا في الأوقاف

الكبيرة التى تنوعت عقاراتها وكثرت مساحتها ، وماكان ذلك من الأعمال يديره مديره بنفسه فى بعض أحواله ، وبنائبه فى بعضها ، ولم تكن ثمة حاجة إلى النص على جواز الإنابة ، لأن الإدارة تقتضيها ، وماجاء مقتضى للشىء يكون فى مقام النص عليه ، والتصريح به ، وإن من الوكلاء مايكون له ذلك الحق من غير نص ، فالمحامون الآن لهم أن ينيبوا غيرهم من المحامين فى الخصومة فى مجلس القضاء ، وإن لم ينص على ذلك فى عقد الوكالة أو الاتفاق الذى بمقتضاه يتكلم المحامى عن الخصم ، فهل يخرج بذلك المحامى عن كونه وكيلا فى الخصومة ، وليس أصيلا فيها .

(ج) أما الفرق الثالث ، وهو أن الناظر إذا عين فى بعض الوقت كان ناظرا فى الجميع يعنى أن النظارة لاتخصص بالتخصيص ، والوكيل ليس كذلك ، فنقول أن تلك القضية على عمومها ليست صادقة من كل الوجوه ، فإنها لاتصدق فى الناظر المعين من قبل الواقف فى حال حياته ، فإنه يقبل التخصيص ككل الوكلاء ، وأما الذى لايقبل التخصيص فهو الناظر المعين من الواقف بعد وفاته على بعض الآراء ، لابالإجماع .

(د) هذا ومالدعينا أن إقامة ناظر يعتبر عقد وكالة من كل الوجوه ، بل إنه كان وكالة من وجهة أن يده نائبة ، وأنه إن كان معينا من قبل الواقف فى حياته أو من قبل القاضى فهو وكيل عن القاضى ، وإن كان معينا من قبل الواقف بعد وفاته ، فهو وصى مختار له كل أحكام الأوصياء المختارين . فإن فقهاء الحنفية متأخريهم ومتقدميهم قد حكموا بأن ناظر الوقف المعين من قبل الواقف بعد وفاته ــ أحكامه تستمد من أحكام الأوصياء المختارين ، وقد قررت محكمة النقض فى عدة من الأحكام بأن الوصى تنطبق عليه المادة ٢٩٦ ، فإذا لم تقرر بأن الناظر مسئول جنائيا بحكم تلك المادة تكون قد فرقت بين أمرين قد جمعهما الشارع المختص ، وأعطاهما أحكاما واحدة ، وأوجب لهما آثارا متحدة .

(هـ) وهبنا قد وافقنا محكمة النقض على كل ماذكرته من فروق بين مطلق وكيل ، وناظر الوقف ، فهل ينتج من هذا أن ناظر الوقف لايصح

أن تطبق عليه مادة ٢٩٦ بعد أن تقرر من أقوال الشراح ومن أحكام المحاكم أنه يصح أن يقاس على العقود التى نصت عليها كل ماهو فى معناه ، ويؤدى مؤداها ؟ إن ناظر الوقف لو سلمنا بالفروق بينه وبين مطلق وكيل قد تحقق فيه مناط العقوبة فى جريمة الخيانة إذا بدد أو اختلس أو تصرف فى الغلات تصرف الملاك ، فإن مناط العقوبة فى جريمة الخيانة كما قال الشراح : « اغتيال الجانى شيئا منقولا سلم إليه على سبيل الأمانة ، أو التصرف فيه تصرف المالك إضرارا بمالكه ، أو صاحب اليد عليه » ولاشك أن ذلك متحقق فى ناظر الوقف المبدد المختلس للغلات المتصرف فيها تصرف الملاك فى أملاكهم ، فإن الغلات قد سلمت إليه على سبيل الأمانة ، اذ أن يده يد أمانة ، كما قرر الفقهاء ، ويده نائبة وليست يدا أصيلة ، فلا معنى إذن لأن تطبق عليه أحكام جريمة الخيانة ، وقد تحقق فيه معناها .

ولو أن رجال القانون سلكوا فى فهم تلك المادة مسلك فقهاء الظاهرية من حيث وقوفهم عند ظواهر النصوص ، دون أن يقايسوا بينها وبين غيرها ، ويلحقوا بها أشباهها ونظائرها ، لتقبلنا حكم محكمة النقض بقبول حسن ، ولكن صوابا من كل الوجوه لايحتمل خطأ ، لكن قد تضافرت كلمات رجال القانون على أن تلك المادة معقولة المعنى ، تقبل القياس ولم يسلكوا مسلك الظاهرية ، بل سلكوا مسلك فقهاء الرأى ، فحق عليهم إذن أن يطبقوها على نظار الوقف ، لأن معناها يتحقق فيهم ، لأن مال الأحباس فى حاجة إلى المحافظة عليه بزجر السلطان ، إذ ابتعد الناس عن وعظ القرآن .

ولو أن عقاب النظار بمقتضى المادة ٢٩٦ ع كان قد ساد لكان فيه بعض الردع ، ولقضى على بعض ماكان يقع من المظالم ، ولمنع بعض أسباب الخلاف ، ولكان بردا وسلاما على قلوب الضعفاء ، ورحمة لبعض صرعى الأوقاف ، ولقد رفعنا إبان ذلك عقائرنا إلى حضرات الأكرمين الذين كانوا يفكرون فى تعديل قانون الوقف أن يسدوا النقص فى قانون العقوبات ، ويزيلوا الريب ، ويدفعوا الالتباس ويحددوا عقوبة تلتئم مع جرم الناظر الخائن ، وتوائم آثار جنايته ، حتى يكون عقابه بنص القانون وظاهره ،

لابالقياس والتأويل ، وحتى لايكون مجال للريب فى استحقاقه العقوبة .

كنا نعتقد أنه بوضع قانون دقيق لمحاسبة النظار ، ومع وضع العقوبة الرادعة تحفظ ، وتصان الغلات ، ويحسم باب من أبواب الخلاف ، ولايستشرى قوى فى مال ضعيف ، ولاتصبح الأوقاف مرعى خصبا لنظارها ، ومكانا جدبا لمستحقيها ، فإن الناس لايسيرون على الجادة ، إلا إذا سيطرت عليهم رقابة فاحصة كاشفة ، ومقامع من الزواجر القانونية ، والتعزيرات المنظمة التى تدفع المفسد إلى الإصلاح دفعا ، وتكون حدا يعان قوة الحق ، فيسير الناس فى طريقه برهبة العقاب ، ورغبة الثواب ، وسيطرة الوجدان ، والشعور برضا الديان ، وقد استجاب الذين وضعوا القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ م لندائنا ، فصرح فى المادة المتممة للخمسين أن الناظر يعتبر وكيلا عن المستحقين كما تبين .

الولاية على الوقف فى القوانين التالية بمصر

٣٣٢ — أشرنا فى بعض ماتقدم إلى تعديلات فى الأحكام جاءت بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ م ، وقد آن لنا أن نستبدل بهذه الإشارة عبارة موضحة ، وخلاصة ماجاء به هذا القانون من تعديلات تتعلق بالولاية على الوقف تتجلى فيما يلى :

أولها : أنه أبطل الإقرار بالنظر ، فقد كانت الأحكام الفقهية تسوغ للناظر أن يقر بالنظر لغيره ، ويكون إقرارا صحيحا ملزما له ، ويتولى بمقتضى هذا الإقرار النظر على الوقف ، وفى ذلك بلا ريب نجد أن الإقرار قد تعدى إلى غير المقر له ، وهو الاستيلاء على أعيان الوقف ، مع أنه من القواعد المقررة الثابتة أن الإقرار لايتجاوز المقر إلى غيره ، ولذلك جاء القانون بإبطال ذلك ، لأنه كان يؤدى إلى بيع الأوقاف بهذا الطريق ، وقد أبطل بالمادة ٤٤ من هذا القانون وهذا نصها :

« يبطل إقرار الناظر لغيره بالنظر على الوقف منفردا كان أو مشتركا » .

ثانيها : أنه أجاز قسمة النظر متبعا فى ذلك الأحكام الفقهية التى اشتمل عليها المذهب الحنبلى ، والمذهب المالكى ، وقد كان ذلك علاجا لاختلاف المستحقين مع النظار ، ودواء ناجعا للاسترخاء الذى كان يصيب المستحقين الذين كانوا يعيشون فى كسل حتى تجىء إليهم الغلات فى موسمها كاملة أو منقوصة ، على حسب نزاهة الناظر ، ويقظتهم . وقد نصت على القسمة وجعل كل مستحق ناظرا على حصته المواد ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٦ ، ٤٨ .

مادة ٤٠ — لكل مستحق من المستحقين أن يطلب فرز حصته فى الوقف متى كان قابلا للقسمة ، ولم يكن فيها ضرر بين ، ويعتبر الناظر على الحصة الخيرية قانونا كأحد المستحقين فى طلب القسمة ، وتحصل القسمة بواسطة المحكمة وتكون لازمة .

مادة ٤١ — إذا شرط الواقف فى وقفه خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو فى حكم المعينة وطلبت القسمة فرزت المحكمة حصة تضمن غلتها لأرباب المرتبات بعد تقديرها طبقا للمواد ٣٦ ، ٣٧ ، ٣٨ ، على أساس متوسط غلة الوقف فى خمس السنوات الأخيرة العادية ، وتكون لهم غلة هذه الحصة مهما طرأ عليها من زيادة أو نقص .

مادة ٤٢ — إذا قسم الموقوف بين المستحقين يؤدى كل مستحق للخيرات أو المرتبات غير الدائمة ، أو غير معينة المقدار مايناسب حصته فى الوقف .

مادة ٤٣ — لاتجوز قسمة الموقوف فى حياة الواقف إلا برضائه ويجوز له الرجوع عنها .

مادة ٤٦ — إذا قسمت المحكمة الوقف ، أو كان لمستحق نصيب مفرز وجب إقامة كل مستحق ناظرا على حصته متى كان أهلا للنظر .

مادة ٤٨ — إذا لم يقسم الوقف لاتقيم المحكمة عليه أكثر من ناظر واحد ، إلا إذا رأت المصلحة فى غير ذلك . ولها فى حال تعدد النظار أن تجعل لأكثريتهم حق التصرف فيما يختلفون فيه .

وفى جميع الأحوال يجوز إفراد كل ناظر بقسم من الوقف يستقل بالنظر عليه .

٣٣٣ — ولاشك أن تقسيم الوقف بين المستحقين وجعل كل مستحق ناظرا على حصته قد يؤدى إلى خراب الوقف كما أشرنا من قبل إذا لم يكن المستحق من بعده ليس من ذريته ، كأن يكون جهة بر ، ولذلك احتاط القانون بحكم عام ، وهو تخصيص مقدار معين بالنسبة لإيراد الوقف يخصص للعمارة كل عام ، وهذا مانصت عليه المادة ٥٤ وهذا نصها :

« يحتجز الناظر كل سنة ٢,٥ ٪ من صافى ريع الوقف يخصص لعمارته ، ويودع مايحتجز خزانة المحكمة ، ويجوز استغلاله إلى أن يحين

وقف العمارة ، ولايكون الاستغلال والصرف إلا بإذن من المحكمة .

أما الأراضى الزراعية فلا يحجز الناظر من صافى ريعها إلا مايأمر القاضى باحتجازه للصرف على إصلاحها أو لإنشاء أو تجديد المبانى الموقوفة التى شرط الصرف عليها من هذا الريع بناء على طلب ذوى الشأن .

وللناظر ، ولكل مستحق إذا رأى المصلحة فى إلغاء الأمر بالاحتجاز أو تعديله أن يرفع ذلك إلى المحكمة لتقرر ماترى فيه المصلحة . وتطبق هذه الأحكام مالم يكن للواقف شرط يخالفها » .

وإن نص هذه المادة عام يشمل الحال التى يكون فيها كل مستحق ناظرا على حصته ، ولايستثنى منها ، بل إن الداعى إلى هذا التخصيص ألزم فى هذه الحالة .

٣٣٤ ــ ويلاحظ أن المادة ــ ٤٣ ــ التى نقلنا نصها من قبل تقرر أن الواقف مادام حيا لاتصح القسمة بغير رضاه ، وإذا رضى وقتا فله أن يرجع فى رضاه .

والأساس فى ذلك أنه هو الناظر مادام حيا بمقتضى رأى أبى يوسف الذى كان معمولا به من قبل ، فإن المقرر عنده أن صلة الواقف بوقفه كصلة العتيق بمن أعتقه ، فللمعتق الولاء على العبد ، فيكون للواقف النظر على وقفه ، ويتشابه العتق مع الوقف فى كون كل منهما إسقاطا للملكية ، للاحتساب عند الله ، فكلاهما تمليك لله تعالى ، مالك الملك ذى الجلال والإكرام .

ومادام ذلك هو الحكم المقرر ، فإن كل من يتولى فى حياته لابد أن يكون بتوكيل منه ، فإذا رضى بالقسمة وقتا فهو كالموكل قد أناب عنه كل مستحق فى تولى حصته ، وللموكل أن يعزل الوكيل فى أى وقت شاء .

٣٣٥ ــ وثالث الأمور التى جاء بها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م خاصا بالولاية على الوقف ــ أنه منع أن يكون للوقف ناظر من غير

المستحقين إذا كان فيهم من هو أهل للنظارة ، وذلك إذا لم يكن ثمة شرط للواقف ، وهذا ماجاءت به المادة ٤٩ وهذا نصها :

« لايولى أجنبى على الوقف إذا كان فى المستحقين من يصلح للنظر عليه ، فإذا اتفق من لهم أكثر الاستحقاق على اختيار ناظر معين أقامه القاضى ، إلا إذا رأى مصلحة فى غير ذلك .

ويعتبر صاحب المرتب كمستحق بنسبة مرتبه فى ريع الوقف ، ويقوم ممثل عديم الأهلية أو النائب مقامه فى الاختيار ، وتقرر هيئة التصرفات انتهاء ولاية الناظر الأجنبى متى وجد من المستحقين من يصلح لها » .

ويلاحظ أن فى تعبير هذه المادة نقصا ، لأنها ذكرت قيام ممثل عديم الأهلية أو الغائب مقامه فى الاختيار ، ولم تذكر حال ناقص الأهلية كالصغير المميز ، والمعتوه المميز ، كما لم تذكر المحجور عليه وهو السفيه ، وذو الغفلة ، فإن هؤلاء لايدخلون فى عموم كلمة عديم الأهلية ، إذ الاصطلاح الفقهى يعد فاقد الأهلية هو المجنون والمعتوه غير المميز والصغير غير المميز ، ولايعد السفيه وذا الغفلة وغيرهما من فاقدى الأهلية ، ولذلك كان التعبير بعدم الأهلية والاقتصار عليه غير دقيق أو قاصرا .

٣٣٦ ــ الأمر الرابع الذى اشتمل عليه القانون بالنسبة للولاية أنه قرر أنه لايولى على الأوقاف الخيرية أحد من غير أقارب الواقف إذا كان فيهم من يصلح للولاية عليه ، وذلك جاء فى المادة ٤٧ ونصها :

« إذا كان الوقف على جهة كان النظر عليه لمن شرط له ، ثم لمن يصلح له من ذرية الواقف وأقاربه ، ثم لوزارة الأوقاف ، هذا مالم يكن الواقف غير مسلم ، وكان مصرف الوقف جهة غير إسلامية . فإن النظر يكون لمن تعينه المحكمة ، مع ملاحظة أن هذا الترتيب ترتيب صلاحية » .

ويلاحظ أن هذه المادة فيها أمران جديران بالتوضيح :

أحدهما : ذكرها أن هذا الترتيب ترتيب صلاحية أى ليس ترتيب وجود ، والفرق بين الأمرين أن ترتيب الوجود يكون مؤداه أن الولاية على

الوقف تكون شاغرة من شرط الواقف ، إذا أصبح الناظر غير صالح للولاية وهو لايزال على قيد الحياة ، فإنه فى هذه الحالة تكون الولاية للقاضى المختص ، ولو كان من غير ذرية الواقف — المشروط لهم بعده — من هو صالح للنظر ، فلو لم يكن من ذرية الواقف من يصلح للنظارة ، واشترط الواقف أن يكون بعدهم لأقرب أقاربه ، فإن النظارة تكون للقاضى .

أما إذا كان الترتيب ترتيب صلاحية ، فإنه إذا ثبت عدم الصلاحية فى بعض ذرية الواقف ، فإن النظر يكون لمن يليه ، من غير أن يتدخل القاضى بالتعيين إلا لأجل التمكين من النظر ، ولايكون قراره فيه قرار تعيين بل قرار تمكين .

ولأن الولاية بحكم هذه المادة أمر تنظيمى ولو لم يكن نص من الواقف بها — كان النظر إلى الصلاحية ، لا إلى الوجود ، لأنه ليس من المعقول أن يتقيد التنظيم بمجرد الوجود ، بل إنه يقيد فقط بالمصلحة .

الأمر الثانى : أنه قد استثنيت الأوقاف غير الإسلامية التى وقفها غير المسلم . وسنجد ذلك الاستثناء فى كل قانون جاء بعد ذلك لتنظيم النظار .

ومع اعتراضنا على ذلك المبدأ الذى لايسوى بين نظار الأوقاف ، والذى كان يجعل هيئة خارجة على كل تنظيم للولاية على الوقف — نقرر أن القانون يحتاج إلى تفسير أو توضيح ، ذلك أن الاستثناء يقتضى قيدين .

أحدهما : أن كون الواقف غير مسلم .

وثانيهما : أن تكون الجهة الموقوف عليها جهة إسلامية .

ولاشك أن القيد الأول واضح ، لايحتاج إلى تفسير ، أما الثانى ، وهو الجهة غير الإسلامية فما هى ! ! لاشك أن الوقف على المعابد وقف على جهة غير إسلامية ، وقريب من ذلك الوقف على مدارس اللاهوت ، فإن هذه لاتعد جهة إسلامية إذا كانت دراستها اللاهوت خاصة ، أو لتخريج القسس والأحبار ، ولو كانت معها دراسات مدنية تعين على التخصص فى مسائل الدين .

ولكن الوقف على فقراء الملة أو الطائفة : أيعد وقفا على جهة غير إسلامية ؟ إن العمل جرى على ذلك ، فإنه يندر أن يكون فى وزارة الأوقاف وقف كان الموقوف عليهم غير مسلمين ، وذلك النادر يكون سببه أن يكون الواقف قد اشترط ولاية وزارة الأوقاف فى وقفه ، أو يكون وقف مسلم .

والحق أن فقراء غير المسلمين لايصح أن يكون الصرف عليهم صرفا على جهة غير إسلامية ، وإن كان المنتفعون بالفعل ليسوا مسلمين ، ذلك أن الإنفاق على فقراء أهل الذمة وسد حاجاتهم من الأمور الواجبة على بيت مال المسلمين ، وأخبار الحكام العادلين فى ذلك كثيرة .

ومن ذلك ماروى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وجد شيخا كفيفا يتكفف الناس ، فأخذه من يده وقال له : ماأنصفناك ، أخذنا منك الجزية صغيرا ، وضيعناك كبيرا ، ثم قال لخازن بيت المال : أجر لهذا وأضرابه من فقراء أهل الذمة رزقا مستمرا . وأجرى على الرجل رزقا دائما إلى وفاته .

ولقد قرر فقهاء المسلمين أن من وقف على طائفة من فقراء أهل الذمة واشترط ألا يستحق من أسلم ، فإن وقفه يكون صحيحا لازما ، ولقد ذكر فقهاء الحنفية أن من أسلم منهم يسقط استحقاقه ، ولم يخالف فى ذلك إلا الطرسوسى فى كتابه أنفع الوسائل ، وقد انتقد هذه المخالفة كمال الدين ابن الهمام فى كتابه فتح القدير .

وأنه بهذا التخريج الفقهى السليم ننتهى إلى أن الوقف على فقراء غير المسلمين يعد وقفا على جهة إسلامية وتفسر الجهة تفسيرا علميا بأن يقال أن الجهة الإسلامية هى الجهة التى سوغ الإسلام الصرف عليها ، ومن بينها واجب فى بيت مال المسلمين ، وبذلك لايخرج إلا المعابد ، فإنها وحدها هى التى ليس من جنسها واجب فى بيت مال المسلمين .

وإن التمسك بغيره ، تمسك بالمدلول اللفظى للكلام ، لابالمعانى العلمية السليمة .

محاسبة النظار

٣٣٧ ـــ لم يكن ثمة نظام ثابت مقرر لمحاسبة النظار ، وقد قدمت اقتراحات حسنة فى الجملة قبل القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ م وكان الحساب على حسب المقررات الفقهية يكون عند تقديم شكوى ، والمطالبة بين يدى القضاء بالحقوق المنقوصة ، أو طلب العزل للخيانة أو نحو ذلك ، أى أن الحساب يكون على وقوع الخيانة والظلم ، لالاللوقاية منهما .

ومن أجل ذلك كانت الاقتراحات ، وكلها كان يتجه إلى جعل الحساب إلزاميا .

ولكن لما وصلت هذه الاقتراحات إلى الدور التشريعى لم يكن ثمة إلزام بالحساب الدورى السنوى ، كالشأن فى شئون الأوصياء على أموال القصر ، بل كان الحساب عند نظر الدعوى الخاصة بتصرفاته أو اتهامه ، ولاشك أن ذلك فيه ضعف ، إذ أن الرقابة لاتكون ثابتة بشكل مستمر .

٣٣٨ ـــ وقد اشتملت المواد ٥٠ ، ٥١ ، ٥٢ ، ٥٣ على نظام محاسبة النظار .

فقررت المادة المتممة للخمسين أن الناظر يعتبر أمينا على مال الوقف ووكيلا عن المستحقين ، ولايقبل قوله فى الصرف على شئون الوقف أو المستحقين إلا بسند عدا ماجرى العرف على عدم أخذ سند به .

وقررت هذه المادة أيضا أن الناظر مسئول عما ينشأ من تقصيره الجسيم نحو أعيان الوقف وغلاته ، وهو مسئول أيضا عن تقصيره اليسير إذا كان له أجر على النظر .

وواضح أن التفرقة بين الجسيم واليسير من تقدير القاضى ، وأن الناظر إذا كان له أجر يحاسب على التقصير من أى نوع ، وسواء أكانت أجرته مقدرة من الواقف ، أم كانت مقدرة من القاضى ، فإنه أجير والأجير مسئول عن كل تقصير يتعلق بعمله .

وقد نصت المادة الحادية والخمسون على وجوب تقديم الحساب وأسبابه وعقاب الناظر لعدم تقديمه ، فذكر أنه إذا كلف الناظر فى أثناء نظر الدعوى أو نظر تصرف تقديم حساب عن الوقف المشمول بنظره ولم يقدمه مؤيدا بالسندات فى الميعاد الذى حددته المحكمة ، أو لم ينفذ ماكلفته به مما يتعلق بالحساب جاز لها أن تحكم عليه بغرامة لاتزيد على خمسين جنيها ، فإذا تكرر الامتناع جاز لها زيادة الغرامة إلى مائة جنيه ، ويجوز للمحكمة أن تمنح باقى الخصوم فى الدعوى هذه الغرامة أو جزءا منها ، ويجوز لذلك حرمان الناظر من أجر النظر كله أو بعضه .

وإذا قدم الناظر الحساب أو نفذ ما أمر به وأبدى عذرا مقبولا عن التأخير جاز للمحكمة أن تعفيه من كل الغرامة أو بعضها ، وأن ترد إليه ما أخذ من أجر النظر ، كله أو بعضه .

ونصت المادة الثانية والخمسون على أنه يجوز للمحكمة فى أى درجة من درجات التقاضى فى أثناء النظر فى أى تصرف أو دعوى متعلقة بالوقف أن تحيل الناظر على محكمة التصرفات الابتدائية إذا رأت مايدعو إلى النظر فى عزله .

ونصت المادة الثالثة والخمسون على أن لمحكمة التصرفات عند النظر فى موضوع العزل أن تقيم على الوقف ناظرا مؤقتا يقوم بإدارته ، إلى أن يفصل فى أمر العزل نهائيا ، وذلك كله بعد تمكين الناظر من تقديم دفاعه .

هذه خلاصة المواد التى اشتملت على أحكام الحساب ، ونرى منها أن الحساب يكون عند طلبه حال النظر فى تصرف من تصرفاته أو رفع دعوى عليه ولايقدم دوريا كما نوهنا .

٣٣٩ — ومهما يكن أمر الحساب من حيث وقته وسببه ونتائج ذلك الحساب ، فقد حصل استثناء من تطبيق مواد المحاسبة ، وهذا الاستثناء يتعلق بالأوقاف التى تصدر عن الملك قبل القانون أو بعده ، والأوقاف التى

تكون الولاية عليها للأوقاف الملكية أو تشرف عليها ، وإن لم تكن عليها الولاية سواء أصدرت بعد العمل بهذا القانون أم صدرت قبله .

بل إن أكثر أحكام القانون استثنت منها أوقاف الملك ، والأوقاف التى تديرها الخاصة الملكية ، بولاية أو بغير ولاية ، ولم يطبق القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ على هذه الأوقاف إلا مايتعلق بإنشائه وجواز الرجوع فيه .

وبذلك كان هذا القانون مسجلا أن القانون يطبق على طبقة المحكومين ، ولايطبق على الحاكم ، وذلك بلا ريب بدع فى الإسلام ، وسبحان مالك الملك ذى الجلال والإكرام ، وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم فقد قال : « لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها » .

« قل اللهم مالك الملك تؤتى الملك من تشاء وتنزع الملك ممن تشاء ، وتعز من تشاء ، وتذل من تشاء بيدك الخير ، إنك على كل شىء قدير » (١) .

---

(١) سورة آل عمران ــ الآية ٢٦ .

أحكام النظر بعد إلغاء الوقف الأهلى

٣٤٠ — بعد صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ انتهى الوقف الأهلى ، وانتهت بمقتضاه نظارة الأوقاف الأهلية ، ولكن بقيت أيدى النظار على الأوقاف حتى يتم تسليمها إلى المستحقين الذين صاروا ملاكا ، ثم آلت من بعد ذلك إلى وزارة الأوقاف ، حتى تتم هذه القسمة .

أما بالنسبة للوقف الخيرى ، فإنه قد صدرت عدة قوانين متوالية تنظم الولاية عليه ، وأولها القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ م ، وهو مكون بعد الديباجة من مواد أربع :

المادة الأولى : إذا لم يعين الواقف جهة البر الموقوف عليها ، أو عينها ، ولم تكن موجودة أو وجدت مع وجود جهة بر أولى منها جاز لوزير الأوقاف بموافقة المجلس الأعلى وإجازة المحكمة الشرعية أن يصرف الريع كله أو بعضه على الجهة التى يعينها دون التقيد بشرط الواقف .

المادة الثانية : إذا كان الوقف على جهة بر كان النظر عليه بحكم هذا القانون لوزارة الوقاف مالم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم .

فإذا كان الوقف ضئيل القيمة أو الريع أو كان على جهة بر خاصة أو لفقراء الأسرة جاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر لأحد أفراد أسرة الواقف ، ولاينفذ النزول إلا بتولية الناظر الجديد .

المادة الثالثة : ومع ذلك إذا كان الواقف غير مسلم والمصرف جهة غير إسلامية كان النظر لمن تعينه المحكمة الشرعية مالم يشترط الواقف النظر لنفسه أو يعين بالاسم .

المادة الرابعة : على كل ناظر لوقف مستقل أو شائع ، سواء انتهت نظارته أو بقيت — أن يخطر وزارة الأوقاف بأعيان الوقف ومقره مرفقا بالإخطار جميع الإشهادات ، المتضمنة الزيادة فيه أو الاستبدال منه ، أو

صورها الرسمية على أن يكون الإخطار بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول ، فى مدى ثلاثة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون .

وعلى من انتهت نظارته أن يسلم أعيان الوقف للوزارة مع جميع الأموال التابعة له والبيانات والمستندات المتعلقة به ، وذلك في مدى ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون .

ويعتبر الناظر حارسا على الوقف حتى يتم تسليمه .

٣٤١ — ونرى من هذا أولا أنه جعل الولاية على الوقف لوزارة الأوقاف مالم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم ، وأجاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر لأقارب الواقف إذا كان الوقف ضئيل القيمة ، أو كان على فقراء الأسرة ، أو على مصرف خيرى خاص .

وأجاز القانون للمجلس الأعلى للأوقاف بإذن المحكمة الشرعية أن يغير غير مقيد بأى قيد مصارف الوقف ، وقد انتقل فى هذا اختصاص المجلس بعد إلغائه ، والمحاكم الشرعية بعد إدماجها إلى لجنة الأوقاف التى ألفت بالوزارة على مابينا من قبل عند الكلام فى الاستبدال .

وقد غيرت مصارف أوقاف كثيرة لاتتفق مع مقاصد الواقفين ، وماكان ذلك فى مصلحة الأوقاف ، ولامصلحة الجهات ، إذ كيف يسوغ تغيير مصارف وقف رصد على تشجيع مذهب فقهى ، بجعله على الفقراء ، إنه يجب أن يكون التغيير فى دائرة مقصد الوقف ماأمكن ، إلا إذا كان عدم التغيير يؤدى إلى حرمان جهات البر الأخرى ، فإنه يغير فى دائرة سد الحاجة وبمقدار الضرورة .

وقد اشتمل القانون على امتياز تناله دائما الطوائف غير الإسلامية وهو جعل النظر على أوقاف غير المسلمين خارجا عن اختصاص وزارة الأوقاف ، ولاندرى لماذا يبقى ذلك الامتياز ، وقد أدمجت ميزانية الأوقاف في الميزانية العامة للدولة ، فلم يبق لهذا التمييز موضع بحال من الأحوال .

٣٤٢ — وقد جاء بعد ذلك القانون رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٥٣ م فسلب حق الواقف فى أن يكون النظر من بعده لمن يعينه بالاسم ، وهذا نص الفقرة الأولى من المادة الأولى .

يستبدل بالمادة الثانية من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٢ م المشار إليه النص الآتى :

« إذا كان الوقف على جهة بر كان النظر عليه بحكم القانون لوزارة الأوقاف مالم يشترط النظر لنفسه » .

وجاء بعد ذلك القانون رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٥٤ م — فأبقى حق الواقف مقصورا على ماقصر عليه ، ولكن جعل لوزارة الأوقاف الحق فى النزول عن النظر إلى الجهة إذا كان لها من يمثلها ، وهذا نص ماجاء فى المادة الثانية منه : إذا كانت جهة البر جمعية أو هيئة جاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر لهذه الجمعية أو هذه الهيئة ولوزارة الأوقاف لسبب موجب للعزل أن تطلب من المحكمة المختصة عزل الجمعية أو الهيئة ، وبعزل أيهما يعود النظر إلى الوزارة ، وقد ألغى حق التقاضى إلى المحكمة بالقانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ م ، وجعل ذلك للجنة الأوقاف وحدها ، وجاء بعد ذلك القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٧ م ، فجعل للجنة وزارة الأوقاف الحق فى تغيير المصارف من غير الالتجاء للقضاء .

٣٤٣ — والآن بعد التحكم فى إرادة الواقفين وقطع العلاقة بينهم وبين أوقافهم أحجم الناس عن الوقف إحجاما كليا وسد باب كبير من أبواب الخير ، وقد رؤى فتح الباب ، فاقترح مايأتى :

(أ) أن يكون للواقف حق اشتراط أن يكون الريع لنفسه مدى الحياة ، وقد استجيب لهذا بالقانون الصادر سنة ١٩٦٠ م .

(ب) أن يكون النظر على الوقف للواقف من غير اشتراط ، لأنه إذا كان له الرجوع يجب بالأولى أن يكون له حق النظر ، وأن يكون النظر لغيره بالاشتراط بالاسم ، إلا أن يشترط النظر لأولاده ، فإن النظر يكون لهم

مادام فيهم من يصلح ولايكون ذلك إلا للطبقة الأولى من أولاده .

(جـ) يجب ألا يكون التغيير فى مصارف الوقف مناقضا لمقصد الوقف ، فإذا وقف على إخراج كتب قديمة وطبعها لايصرف على الفقراء ، بل يصح أن يكون فى إعادة كتب مطبوعة . وإذا كان الوقف على علماء مذهب ، وأريد التغيير فإنه يكون للصرف على طبع كتب هذا المذهب ، لأن مقصد الواقف نشره .

وإنا لنرجو أن يكون هذان الأمران فى موضع الاعتبار عند إعداد المشروع الموحد للأوقاف ، لينفتح الباب أمام من يريدون الخير ، ولايحسون ضيقا فى تصرفاتهم أو تحكما فى إرادتهم ، والله هو العليم الحكيم .

« انتهى »

الفهرست

٤٤ ـــ فقه الوقف

٥٥ ـــ انشاء الوقف

٩٩ ـــ الملكية فى الوقف

١١٠ ـــ محل الوقف

١١٨ ـــ ملكية الواقف والعين المراد وقفها

١٢٧ ـــ الواقف

١٤٥ ـــ شروط الواقفين

١٧١ ـــ الاستبدال

١٩٧ ـــ الاستحقاق فى الوقف

٢٠٩ ـــ الوقف على القرابة والأولاد

٢٣٢ ـــ اصحاب الاستحقاق

٢٧٤ ـــ مسوغات الحرمان الإختيارية

٣٠٢ ـــ الاستحقاق فى الوقف الأهلى

٣٣٦ — الولاية على الوقف

مؤلفات الإمام محمد أبو زهرة



- خاتم النبيين ـ ثلاثة أجزاء ـ فى مجلدين
- المعجزة الكبرى (القرآن)
- تاريخ المذاهب الإسلامية ـ جزءان فى مجلد واحد
- الأحوال الشخصية
- الجريمة فى الفقه الإسلامى
- العقوبة فى الفقه الإسلامى
- أصول الفقه
- أحكام التركات والمواريث
- أبو حنيفة : حياته ـ عصره ـ آراؤه ـ فقهه
- مالك حياته ـ عصره ـ آراؤه ـ فقهه
- الشافعى حياته ـ عصره ـ آراؤه ـ فقهه
- ابن حنبل حياته ـ عصره ـ آراؤه ـ فقهه
- ابن تيمية حياته ـ عصره ـ آراؤه ـ فقهه
- الإمام زيد حياته ـ عصره ـ آراؤه ـ فقهه
- الإمام الصادق حياته ـ عصره ـ آراؤه ـ فقهه
- ابن حزم حياته ـ عصره ـ آراؤه ـ فقهه
- الوحدة الإسلامية
- الخطابة
- تاريخ الجدل
- الملكية ونظرية العقد
- شرح قانون الوصية
- محاضرات فى الوقف
- محاضرات فى عقد الزواج وآثاره
- محاظرات فى النصرانية
- مقارنة الأديان

- الدعوة إلى الإسلام
- تنظيم الإسلام للمجتمع
- فى المجتمع الإسلامى
- تنظيم الأسرة وتنظيم النسل
- الولاية على النفس
- العلاقات الدولية فى ظل الإسلام
- التكافل الإجتماعى فى الإسلام
- الميراث عند الجعفرية
- المجتمع الإسلامى فى ظل الإسلام
- العقيدة الإسلامية
- بحوث فى الربا



تطلب جميعها من ملتزم طبعها ونشرها وتوزيعهـــا

دار الفــكر العــربى

١١ شارع جواد حسنى بالقاهرة

ص ب ١٣٠ ت : ٧٦٠٥٢٣ ، ٧٥٠١٦٧

فروع البيــع :

(١) ٦ أ شارع جــواد حسنى ت : ٧٥٠١٦٧

(٢) ٢٧ شارع عبد العظيم راشد متفرع من ش نوال بالدقى ت : ٧١٧٤٩٨

(٣) ٩٤ شارع عباس العقاد ـ المنطقة السادسة ـ مدينة نصر .

رقم الإيداع بدار الكتب ٤١٠٥ / ١٩٧٢